



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral: 1100131050 **02 201900001 01**
Demandante: GLORIA STELLA VÁSQUEZ GUTIÉRREZ
Demandado: UGPP

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería para actuar en representación de la UGPP al profesional del derecho CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA identificado con C.C. No. 17'174.115 y T.P. No. 6491 del C.S. de la J., de conformidad con el poder general otorgado mediante escritura pública No. 1723 del 21 de octubre de 2013 aportado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de junio de 2020.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora GLORIA STELLA VÁSQUEZ GUTIÉRREZ presentó demanda en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, para



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se condene al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional a partir del 19 de julio de 2014, bajo los parámetros y condiciones del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL el 31 de octubre de 2001, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 100% del promedio de lo percibido durante los últimos tres (03) años de servicios exclusivos al ISS incluyendo todos los factores de remuneración percibidos, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 19 de julio de 2014 hasta que se verifique su pago, la indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones indicó que mediante resolución No. RDP 016310 del 27 de abril de 2015, la UGPP negó el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional bajo el argumento de no haber cumplido con los requisitos de edad y tiempo requeridos en la Convención Colectiva, decisión contra la cual interpuso el recurso de apelación y se confirmó por la entidad mediante resolución No. RDP 031795 del 31 de julio de 2015. Señaló haber laborado con el ISS- empleador un total de 1.109 semanas, equivalentes a 22 años, 08 meses y un día, entre el 2 de enero de 1990 y el 31 de diciembre de 2014, tiempo durante el cual ostentó la calidad de trabajadora oficial, que nació el 19 de julio de 1964 por lo que cumplió 50 años de edad el 19 de julio de 2014 y estuvo afiliada a la Organización Sindical Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP la contestó oponiéndose a las pretensiones por



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

cuanto la demandante no tiene derecho a la pensión pretendida, como quiera que las reglas pensionales establecidas en pactos o convenciones colectivas expiraron el 31 de julio de 2010 de conformidad con lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005. Formuló las excepciones denominadas: Inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción, ausencia de vicios en el acto administrativo demandado, sobre la indexación, no pago de los intereses moratorios e imposibilidad de condena en costas.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 4 de junio de 2020 ABSOLVIÓ a la UGPP de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandante, decisión que sustentó en que se debieron acreditar los requisitos de la convención colectiva, antes del 31 de julio de 2010 data en que perdieron vigencia las condiciones pensionales establecidas en convenciones colectivas, de conformidad con lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, advirtiéndose en el caso concreto que la actora no cumplió con los tiempos de servicios requerido con anterioridad a la mencionada data.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la parte demandante interpuso el recurso de apelación a fin de que sea revocada y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda, tras argumentar que la actora cumplió con los requisitos del artículo 98 de la Convención Colectiva, por tener más de 22 años de servicios para el año 2014, punto sobre el cual resaltó que la Convención Colectiva fijó parámetros para el reconocimiento de la pensión más allá del Acto Legislativo 01 de 2005, incluso más allá del 1º de enero de 2017, por lo que trajo a colación la Sentencia de Unificación 555 del año de 2014, la cual avaló el reconocimiento de prestaciones que ya estuvieran cobijadas antes de la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

vigencia del Acto Legislativo, toda vez que no se pueden coartar las situaciones pensionales ya definidas, más cuando el mismo Acto Legislativo amparó los derechos adquiridos de las personas pensionadas o próximas a pensionarse, y concretamente en este caso cuando se establecieron situaciones posteriores a la fecha límite del Acto Legislativo 01 de 2005.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y dentro del término de traslado, las partes presentaron alegatos de conclusión por escrito que obran en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Le asiste a la señora GLORIA STELLA VÁSQUEZ GUTIÉRREZ el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional en los términos del artículo 98 de la convención colectiva de trabajo celebrada entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL – SINTRASEGURIDAD SOCIAL el 31 de octubre de 2001, pese a la modificación que al artículo 48 de la Constitución Política introdujo el acto legislativo 01 de 2005?



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia, que la señora GLORIA STELLA VÁSQUEZ GUTIÉRREZ nació el 19 de julio de 1964, por lo que cumplió los 50 años de edad el mismo día y mes del año 2014; que según certificado de folio 34 se encontraba afiliada al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social - SINTRASEGURIDADSOCIAL en vigencia de las convenciones colectivas suscritas con el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – empleador y el sindicato. Conforme al certificado de información laboral de folios 24 al 27, la demandante prestó sus servicios para el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES como trabajadora oficial en los cargos de ayudante servicios generales Grado 09, ayudante servicios administrativos grado 11 y portero Grado 09 en los periodos comprendidos entre el 28 de marzo de 1992 y 27 de marzo de 1993, del 30 de marzo de 1993 al 29 de marzo de 1994, desde el 22 de abril de 1994 hasta el 21 de abril de 1995, del 08 de mayo de 1995 al 7 de mayo de 1996 y entre el 28 de octubre de 1996 y el 31 de diciembre de 2014, lo que equivale a un total de 7.982 días, es decir, 22 años, 02 meses y 02 días de servicios.

PREMISAS NORMATIVAS

Artículo 98 de la Convención Colectiva de trabajo celebrada entre la organización sindical SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 31 de octubre de 2001:

“El trabajador oficial que cumpla 20 años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de 55 años si es hombre y 50 años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al promedio de lo percibido en el período que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

- (i) *Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.*
- (ii) *Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.*
- (iii) *Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.*

Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración:

- a. Asignación básica mensual*
- b. Prima de servicios y vacaciones*
- c. Auxilio de alimentación y transporte*
- d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras*
- e. Valor del trabajo en días dominicales y feriados”*

Previo a determinar si la demandante cumple con el requisito convencional, se debe señalar que el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia fue adicionado por el Acto Legislativo No. 001 de 2005, que implementó modificaciones a las pensiones convencionales y al régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

En lo que tiene que ver con las pensiones convencionales, el párrafo 2º estableció:

“A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.”

Y para salvaguardar los derechos adquiridos de los trabajadores próximos a pensionarse en los términos de convenciones colectivas vigentes en empresas públicas y privadas, el párrafo transitorio 3º señaló:

“Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010”.

Sobre el alcance del párrafo transitorio, la sentencia SL5116 del 2 de diciembre de 2020, Magistrada Ponente CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, precisó:

“De la norma constitucional así consagrada, se deducen dos postulados diferentes: uno, para las disposiciones colectivas que desde antes de su expedición venían rigiendo, cuya vigencia se mantendrá hasta el término inicialmente pactado, que a su vez incluye las prórrogas automáticas que se venían surtiendo y, otro, para aquellas convenciones que se establecieron entre su fecha de expedición y el 31 de julio de 2010, que no podrán ser más favorables a las que para entonces estuvieran vigentes.

(...)

“Explicó entonces la Sala que en las reglas pensionales de carácter convencional que se hubieron suscrito por primera vez antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, la expresión «término



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

inicialmente pactado» hace alusión al tiempo de duración expresamente acordado por las partes, de modo que «si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara», aunque fuere posterior al 31 de julio de 2010.

(...)

“En la citada sentencia CSJ SL2543-2020 aseveró la Corte que, «en principio la extensión de los efectos pensionales convencionales», no puede ir más allá del 31 de julio de 2010. De esa forma, se anticipó a la posibilidad de volver a la doctrina anterior, y bajo la égida de los convenios 87, 98 y 154 de la OIT y de confrontar las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical con el escenario constitucional, adoctrinar que el término inicialmente pactado entre las partes regirá hasta su vencimiento, sin límites distintos a los acordados entre los suscribientes del convenio colectivo.

(...)

En esa dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia rectificó parcialmente su criterio sentado en las providencias precitadas y, en sentencia CSJ SL3635-2020, precisó que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto son las siguientes:

- a) En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

- b) *Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.*
- c) *Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley, se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.*

Sobre la vigencia de la pensión de jubilación convencional establecida en la convención colectiva 2001- 2004 suscrita entre el ISS y el sindicato de sus trabajadores, se dejó por sentado en la sentencia SL1409 del 11 de febrero de 2015, Magistrado Ponente LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS:

“En punto a la vigencia de la convención colectiva de trabajo 2001-2004...según su artículo 2, su vigencia tendría “una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente”. Frente a ello, podría decirse que algunas cláusulas de esa convención lleva (sic) al convencimiento de que varias de sus prerrogativas y concretamente las relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior al 31 de octubre de 2004, en tanto de conformidad con el artículo 98 su vigencia se extiende hasta el año 2017. Asimismo, importa resaltar que no obra en el expediente una convención colectiva de trabajo celebrada con posterioridad a la mencionada anteriormente...”



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Igualmente, en la sentencia SL 5116 ya mencionada indicó:

“En consecuencia, a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 la referida cláusula convencional venía rigiendo y, de acuerdo con el plazo inicialmente pactado entre las partes, tenía vigencia hasta el año 2017. Dicho de otro modo, en armonía con los postulados de la enmienda constitucional, las partes acordaron darle al artículo 98 de la convención colectiva de trabajo mayor estabilidad en el tiempo y, de esa forma, fijaron derechos adquiridos frente a los compromisos pensionales pactados, por los menos, durante su plazo de vigencia.

Así las cosas, erró el Colegiado (i) al no tener en cuenta que el artículo 2° de la convención colectiva de trabajo previó que algunas de sus cláusulas tendrían vigencia en periodos distintos al general, (ii) al no advertir que, en esa línea, fijó en su artículo 98 un plazo distinto para otorgar derechos pensionales, y (iii) al considerar que los requisitos para el surgimiento de esa prestación debían causarse con anterioridad al 31 de julio de 2010...”

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las premisas normativas señaladas, advierte la Sala que el derecho pensional consagrado en la convención colectiva de trabajo suscrita entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y SINTRASEGURIDADSOCIAL se causa luego del cumplimiento de 20 años de servicios continuos o discontinuos al Instituto y 50 años de edad para las mujeres, ambos requisitos acreditados por la promotora de la litis, toda vez que cumplió la edad de 50 años el 19 de julio de 2014 y contaba con más de 20 años de servicios exclusivos al ISS para la terminación de la vinculación laboral ocurrida el 31 de diciembre de 2014 y en ese orden, a la demandante le asiste el derecho a la pensión de jubilación



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

convencional, toda vez que previo a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, el acuerdo colectivo bajo estudio estableció una vigencia inicial de la pensión de jubilación hasta el año 2017 y en ese sentido, el término se extiende hasta la fecha pactada entre el empleador y el sindicato así sea posterior al 31 de julio de 2010 por estar en curso dicha vigencia con anterioridad a la entrada en vigor de la enmienda constitucional, razón por la cual, debe revocarse la decisión de primera instancia, toda vez que la demandante cumplió con los requisitos de la pensión de carácter convencional dentro de la vigencia estipulada en el acuerdo colectivo y, por ende, tiene derecho a que la mesada pensional se promedie con el 100% de lo percibido en los últimos tres años de servicios, tal como lo estableció el artículo 98 convencional para quienes causaran el derecho pensional entre el 1º de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2016.

Así las cosas, a efectos de establecer el ingreso base de liquidación, se deben tener en cuenta los factores establecidos en el parágrafo quinto de la cláusula convencional transcrita en las premisas normativas, por lo que efectuadas las operaciones aritméticas se obtiene un promedio salarial de los últimos tres años de servicios equivalente a **\$1.473.161,36** conforme la liquidación elaborada por el grupo liquidador designado por el Consejo Superior de la Judicatura que se anexa a esta sentencia, valor que corresponde a la primera mesada pensional a partir del 1º de enero de 2015, pues se reitera que el monto de la pensión es del 100% de lo percibido en los últimos tres años de servicios.

En todo caso y dadas las resultas del proceso, no resta aclarar que a partir del Decreto 2879, por medio del cual se aprobó el acuerdo 029 del 26 de septiembre de 1985, las pensiones convencionales son compatibles con la pensión de vejez legal, siempre que se hayan causado con posterioridad al 17 de octubre de 1985, por lo que en el eventual caso que la promotora de la litis tenga reconocida la prestación pensional a cargo de Colpensiones, le correspondería a la UGPP tan solo el mayor valor entre la pensión convencional y la legal si a ello hubiere lugar, razón por la que se abstiene además la Sala de efectuar el cálculo del retroactivo pensional.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Prescripción

Se procede al estudio de la excepción de prescripción propuesta por la pasiva, advirtiéndose que la solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación convencional se radicó el 9 de diciembre de 2014, resuelta mediante resoluciones RDP 016310 del 27 de abril de 2015 y RDP 031795 del 31 de julio de 2015, notificada esta última el 14 de agosto del mismo año conforme se advierte del Cd de folio 113, por lo que desde la fecha de notificación hasta la presentación de la demanda el 19 de diciembre de 2018 (folio 96), se superó el término trienal prescriptivo estipulado en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y, en ese orden, se declararán prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 19 de diciembre de 2015, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda.

Intereses moratorios e indexación

En cuanto a la solicitud del reconocimiento y pago de intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Sala advierte su improcedencia, pues si bien es cierto el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral en recientes pronunciamientos modificó su criterio respecto de la posibilidad de su reconocimiento por el retardo en el pago de pensiones aunque no hubieren sido reconocidas bajo el amparo de la ley 100 de 1993, también lo es que fue clara en determinar que se trata de pensiones legales que surgen de la aplicación del régimen de transición y que, por tanto, debe entenderse que forman parte del Sistema General de Pensiones, lo que no corresponde al caso que nos ocupa, pues se trata de una pensión convencional, respecto de la cual no proceden los mentados intereses como también lo ha dejado establecido el órgano de cierre en sentencias SL 889 de 2021 y SL 2128 de 2021.

No obstante lo anterior y, como quiera que según sentencia SL 359 del 3 de febrero de 2021 *“...el juez del trabajo tiene el deber, incluso con el empleo de las facultades oficiosas, de indexar los rubros causados en favor de la demandante,*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

lo cual, en vez de contrariar alguna disposición sustantiva o adjetiva, desarrolla los principios de equidad, justicia social y buena fe que tienen pleno respaldo constitucional; de paso protege la voluntad intrínseca del interesado, puesto que es impensable que desee recibir el crédito causado en su favor con una moneda depreciada...”, las mesadas pensionales deberán ser indexadas desde la exigibilidad de cada una de ellas hasta cuando el pago de las mismas se efectúe.

Son suficientes las anteriores razones para **REVOCAR** en su integridad la sentencia impugnada y en su lugar, acceder a las pretensiones del escrito introductorio en la forma indicada. **SIN COSTAS** en esta instancia, las de primera instancia se revocan y quedan a cargo de la demandada.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA 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 en su integridad la sentencia proferida el 4 de junio de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, **CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP al reconocimiento y pago a la señora GLORIA STELLA VÁSQUEZ GUTIÉRREZ de la pensión de jubilación convencional establecida en el artículo 98 de la Convención Colectiva 2001- 2004 suscrita entre el extinto ISS y el sindicato de sus trabajadores, en cuantía inicial de \$1.473.161,36 a partir del 1 de enero de 2015, con los respectivos reajustes anuales y la indexación de las mesadas



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

pensionales desde la fecha de exigibilidad de cada una de ellas hasta su pago efectivo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 19 de diciembre de 2015, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia se revocan y quedan a cargo de la demandada UGPP y a favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ

Magistrada

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral: 1100131050 16 2017 00585 02
Demandante: ALFREDO CARDENAS VANEGAS
Demandado: NUEVA EPS S.A.

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de junio de 2020.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA:

El señor ALFREDO CARDENAS VANEGAS formuló demanda ordinaria laboral de primera instancia contra la NUEVA EPS S.A. con el fin de obtener el reembolso de la suma de \$5'000.000.00 por concepto de honorarios profesionales pagados por la cirugía denominada *tiroidectomía total y vaciamiento radical de cuello*, \$3'279.979 por concepto de gastos hospitalarios pagados al Hospital San Ignacio, junto con los intereses moratorios y la indexación.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó el demandante que el 26 de agosto de 2014 una médica general de la IPS COLSUBSIDIO lo remitió al cirujano de cabeza y cuello y en la correspondiente orden consignó: *“favor dar cita prioritaria al paciente quien trae análisis TAC de cuello con contraste, concepto masa sólida tiroideo izquierdo de apariencia escanográfica maligna y acompañada de enfermedad metastásica ganglionar en la cadena cervical accesoria...cambios degenerativos de la columna cervical y diagnostica carcinoma papilar de toroides...”*, indicó que pese a que el mismo día de la remisión se autorizó el servicio de consulta especializada de cabeza y cuello para el Hospital San Ignacio, en esa IPS le informaron que no había agenda y que las consultas para esa especialidad estaban asignadas hasta dos meses después. Explicó que ante la imposibilidad de conseguir la cita con el especialista y teniendo en cuenta que además se requería una serie de trámites administrativos y citas con el anesthesiólogo, ante la gravedad de su enfermedad, decidió contactarse directamente con el cirujano adscrito a la misma IPS quien lo atendió de manera particular y le recomendó realizarse la cirugía en el menor tiempo posible, por lo que contrató los servicios profesionales del especialista y asumió el monto de sus honorarios profesionales y los gastos de hospitalización y su cirugía se llevó a cabo el 6 de septiembre de 2014 en el Hospital San Ignacio. Posteriormente intentó infructuosamente que la NUEVA EPS S.A. le reembolsara los referidos gastos.

3. CONTESTACIÓN

Mediante auto del 30 de octubre de 2018 la demanda se tuvo por no contestada por parte de la NUEVA EPS S.A.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia del 23 de junio de 2020, el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la NUEVA EPS S.A. a pagar al demandante la suma de \$4'231.173 que corresponde al valor indexado que pagó a la IPS Hospital Universitario San Ignacio por el procedimiento quirúrgico realizado el 6 de septiembre de 2014, junto con los intereses moratorios a la tasa civil del 6% anual causados desde el 24 de octubre de 2014 hasta el pago del capital adeudado. Para arribar a tal conclusión, señaló el Juzgador que la historia clínica del demandante permite concluir que existió negligencia en el actuar de la NUEVA EPS por cuanto no aseguró una atención pronta y urgente a la patología que sufría el actor que ameritaba una valoración y procedimiento por la especialidad de cabeza y cuello a la que fue remitida por la médica general de la EPS, que si bien es cierto se emitió oportunamente la autorización, también lo es que no hizo el seguimiento a la prestación del servicio por parte de la IPS que es lo que en últimas corresponde hacer a la entidad, esto es, garantizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud directa o indirectamente. Explicó que existen indicios claros de responsabilidad de la EPS pues en ninguna de las respuestas emitidas a los requerimientos del demandante, demostró que se hubiese agendado el servicio oportunamente, a pesar de que no hay prueba de las llamadas a la EPS o testigos que demuestren que en múltiples oportunidades el demandante se acercó y siempre la respuesta fue que no había agenda. Fulmina entonces condena en contra de la NUEVA EPS por los gastos hospitalarios facturados por el Hospital San Ignacio, pero no por los honorarios pagados al cirujano, por considerar que la factura cambiaria de compraventa que reposa en el plenario no cumple con los requisitos del Código de Comercio. Finaliza imponiendo los intereses moratorios del 6% anual y la indexación que no la considera una sanción como el cobro de intereses, sino que es una forma de mantener el poder adquisitivo de la moneda.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante interpuso el recurso de apelación por considerar que la factura cambiaria cumple con todos los requisitos para que se le haga ese pago y que no encuentra requisitos por los que no se pueda pagar la misma, pues contiene el monto de los honorarios, a quién fue dirigida y por qué condiciones se le pagó.

El apoderado de la demandada interpuso también el recurso de apelación por considerar que de acuerdo con el material probatorio que obra en el expediente, no se materializa la negligencia que se concluyó, toda vez que correspondía al paciente tramitar la autorización que se le otorgó y no lo hizo y que fue él mismo quien indicó en la demanda que por el término administrativo que debía agotar en la EPS para la autorización de los servicios y con el Hospital San Ignacio, desistió de los mismos. Explicó que el paciente no ingresó de urgencia a hacerse el tratamiento sino que entró programado y por eso se descarta que haya habido una urgencia manifiesta que hubiera obligado a la IPS a prestar el servicio y si ello hubiera sido así, la IPS tenía la obligación de llamar a la NUEVA EPS y notificarle la prestación urgente del servicio y solicitar las autorizaciones correspondientes, pero como el paciente ingresó de manera particular por su propia voluntad, asumiendo por su cuenta y costo una cirugía programada y no por urgencias, no está demostrada una negligencia de la demandada, máxime si se tiene en cuenta que el paciente podía optar por otra IPS si no disponía del servicio el Hospital San Ignacio.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y la demandada NUEVA EPS S.A. presentó alegatos de conclusión por escrito, que obran en el expediente.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Tiene derecho el señor ALFREDO CARDENAS VANEGAS a que la NUEVA EPS S.A. le reembolse el valor de los gastos hospitalarios y de la cirugía realizada el 6 de septiembre de 2014 en el Hospital San Ignacio que asumió directamente como particular?

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia y específicamente en la historia clínica aportada por la NUEVA EPS y que obra en medio magnético a folio 194 del plenario, que el 30 julio de 2014 una profesional médica adscrita a la NUEVA EPS S.A. ordenó exámenes y pruebas diagnósticas al demandante por sospecha de cáncer. El 13 de agosto de 2014, la misma profesional emitió diagnóstico principal de *tumefacción, masa o prominencia localizada en el cuello* y como diagnóstico relacionado *examen de pesquisa especial para tumor de la próstata* y lo remitió a medicina interna para definir pertinencia de los análisis anotados. En la misma fecha, el señor ALFREDO CARDENAS VANEGAS fue atendido por el profesional de Medicina Interna quien ordenó más exámenes diagnósticos. El 26 de agosto de 2014, la médico general tratante remitió al demandante a la especialidad cirugía de cabeza y cuello y solicitó *dar cita prioritaria*.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

El 4 de septiembre de 2014 el paciente fue atendido por anestesiología en el Hospital San Ignacio, el 6 de septiembre de 2014 en la misma IPS le fue practicada una tiroidectomía total – vaciamiento linfático radical de cuello unilateral. Con posterioridad a la cirugía el paciente continuó siendo atendido por el cirujano de cabeza y cuello del Hospital San Ignacio.

El 26 de septiembre de 2014, el paciente asistió a cita de control con Medicina Interna y quedó consignado en la historia clínica lo siguiente: *“paciente refiere que le realizaron procedimiento quirúrgico porque los resultados salieron positivo para malignidad. Realizaron tiroidectomía total, con vaciamiento ganglionar central y radical modificado izq (6/9/2014). Trae del 29/08/2014 patología carcinoma papilar de tiroides, categoría DX 4 del sistema Bethesda TAC de cuello del 22/08/2014 masa sólida del lóbulo tiroideo izq de apariencia escanográfica maligna y acompañada de enfermedad metastásica ganglionar en la cadena cervical accesoria ipsilateral, leve a moderado bocio cambios degenerativos de la columna cervical...Fue visto el día 23/9/14 paciente de 56 años quien presenta carcinoma papilar de tiroides”*.

El 7 de septiembre de 2014, el Hospital Universitario San Ignacio facturó la suma de \$3'279.979 por concepto de los gastos de hospitalización del señor ALFREDO CARDENAS VANEGAS por programación del 6 de septiembre de 2014 (folio 68).

El 9 de septiembre de 2014 el Dr. Andrey Moreno Torres cirujano de cabeza y cuello facturó honorarios por cirugía tiroidectomía total y vaciamiento radical de cuello al señor ALFREDO CARDENAS VANEGAS por la suma de \$5'000.000.oo (folio 69).

El 23 de septiembre de 2014, el señor CARDENAS VANEGAS solicitó el reembolso a la NUEVA EPS S.A. de las sumas señaladas anteriormente (folio 36) y la demandada lo negó por considerar que *“en los documentos aportados no se demuestra negligencia, negativa, incapacidad o imposibilidad de prestar el servicio por parte de la NUEVA EPS teniendo en cuenta que NUEVA EPS siempre está*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

presta a los requerimientos de nuestros afiliados y por ende a las solicitudes de las IPS siempre y cuando estas cumplan con los lineamientos, normas y leyes que el Sistema General de Seguridad Social en Salud establece. Según análisis y verificación en nuestro sistema de salud, se identifica un histórico de autorizaciones generadas de manera oportuna a IPS de la red para acceder a los servicios para la especialidad de cabeza y cuello consultas, sin embargo y luego de indagar con la IPS primaria Cafam Calle 51 se puede identificar que la orden de servicio fue expedida por la profesional el pasado 26 de agosto de 2014, autorización que fue generada por Nueva EPS S.A. el mismo día para la IPS Hospital Universitario San Ignacio con número de autorización 37398129. De esta manera podemos demostrar que hemos emitido y atendido cada uno de los requerimientos que usted ha radicado” (folios 17 y 18).

PREMISAS NORMATIVAS

La ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Seguridad Social Integral con fundamento en los siguientes principios:

ARTÍCULO 2o. *El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:*

a. **EFICIENCIA.** *Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;*

b. **UNIVERSALIDAD.** *Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida;*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

c. SOLIDARIDAD. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables.

d. INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley;

e. UNIDAD. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y

f. PARTICIPACIÓN. Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

Por su parte el artículo 153 consagró como PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD los siguientes y más relevantes para el caso que nos ocupa:

3.1 Universalidad. El Sistema General de Seguridad Social en Salud cubre a todos los residentes en el país, en todas las etapas de la vida.

3.2 Solidaridad. Es la práctica del mutuo apoyo para garantizar el acceso y sostenibilidad a los servicios de Seguridad Social en Salud, entre las personas.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

3.3 Igualdad. El acceso a la Seguridad Social en Salud se garantiza sin discriminación a las personas residentes en el territorio colombiano, por razones de cultura, sexo, raza, origen nacional, orientación sexual, religión, edad o capacidad económica, sin perjuicio de la prevalencia constitucional de los derechos de los niños.

...3.7 Equidad. El Sistema General de Seguridad Social en Salud debe garantizar el acceso al Plan de Beneficios a los afiliados, independientemente de su capacidad de pago y condiciones particulares, evitando que prestaciones individuales no pertinentes de acuerdo con criterios técnicos y científicos pongan en riesgo los recursos necesarios para la atención del resto de la población.

3.8 Calidad. Los servicios de salud deberán atender las condiciones del paciente de acuerdo con la evidencia científica, provistos de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada.

3.9 Eficiencia. Es la óptima relación entre los recursos disponibles para obtener los mejores resultados en salud y calidad de vida de la población.

...3.13 Sostenibilidad. Las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito. Las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal. La administración de los fondos del sistema no podrá afectar el flujo de recursos del mismo.

La Ley Estatutaria No. 1751 de 2015 que reguló el derecho fundamental a la salud, en su artículo 6º definió sus elementos y principios en los siguientes términos:



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados: a) Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente; b) Aceptabilidad. Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad; c) Accesibilidad. Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información; d) Calidad e idoneidad profesional. Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos. Así mismo, el derecho fundamental a la salud comporta los siguientes principios: a) Universalidad. Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida; b) Pro homine. Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas; c) Equidad. El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección; d) Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas; e) Oportunidad. La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones; f) Prevalencia de derechos. El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años; g) Progresividad del derecho. El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; h) Libre elección. Las personas tienen la libertad de elegir sus entidades de salud dentro de la oferta disponible según las normas de habilitación; i) Sostenibilidad. El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal; j) Solidaridad. El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades; k) Eficiencia. El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población; l) Interculturalidad. Es el respeto por las diferencias culturales existentes en el país y en el ámbito global, así como el esfuerzo deliberado por construir mecanismos que integren tales diferencias en la salud, en las condiciones de vida y en los servicios de atención integral de las enfermedades, a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud en el ámbito global; m) Protección a los pueblos indígenas. Para los pueblos indígenas el Estado reconoce y garantiza el derecho fundamental a la salud integral, entendida según sus propias cosmovisiones y conceptos, que se



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

desarrolla en el Sistema Indígena de Salud Propio e Intercultural (SISPI); n) Protección pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Para los pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, se garantizará el derecho a la salud como fundamental y se aplicará de manera concertada con ellos, respetando sus costumbres.

Ahora bien, la obligación por parte de las Entidades Promotoras de Salud de reembolsar a sus afiliados los gastos en que hubieran tenido que incurrir por concepto de salud, se encuentra regulada en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994 proferida por el Ministerio de Salud, en el que se precisan los eventos concretos en los que opera el reembolso y el trámite para su obtención así:

ARTICULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, concluye la Sala que no se cumplen los presupuestos previstos por el artículo 14 de la resolución 5261 de 1994 para que proceda el reconocimiento del reembolso de los gastos hospitalarios y de la cirugía realizada el 6 de septiembre de 2014 en el Hospital San Ignacio que asumió directamente como particular, toda vez que este procedimiento o atención específica no fue *autorizado expresamente por la E.P.S.* como lo exige la disposición que se tiene en cuenta como premisa normativa por lo que menos puede hablarse de *incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios*, toda vez que tal como se advierte de la Historia Clínica aportada por las partes, la NUEVA EPS S.A. solamente autorizó la remisión del señor ALFREDO CARDENAS VANEGAS a la especialidad de cirugía de cabeza y cuello sin que el paciente hubiese esperado siquiera un tiempo prudencial para el agendamiento de la cita y mucho menos para que el cirujano especialista adscrito a la referida Entidad Promotora de Salud valorara al paciente y, de ser procedente, ordenara el procedimiento.

Tan cierto es lo anterior, que habiendo sido ordenada por la médica tratante de la EPS demandada la consulta por la especialidad de cirugía de cabeza y cuello el 26 de agosto de 2014, el 4 de septiembre siguiente el paciente fue atendido por anestesiología en el Hospital San Ignacio y el 6 de septiembre de 2014, esto es, 11 días después de la remisión, le fue practicada una tiroidectomía total – vaciamiento linfático radical de cuello unilateral, sin que se demuestre en el proceso que el señor ALFREDO CARDENAS VANEGAS adelantó el trámite administrativo correspondiente para lograr la remisión a la especialidad tantas veces referida y la cirugía que asumió en forma particular, si es que se le hubiese autorizado.

No desconoce la Sala la gravedad de la enfermedad padecida por el señor ALFREDO CARDENAS VANEGAS y el temor que le debió causar enfrentarse a



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ella, pero eso no puede traducirse en dar por demostrado el actuar negligente de la EPS en el que sustentó el sentenciador de primera instancia la condena fulminada en contra de la demandada, pues pasaron apenas 11 días desde la remisión a la especialidad y el actor decidió voluntariamente asumir el costo de la cirugía por su cuenta, entonces no puede llegarse al extremo de concluir que las autorizaciones deben otorgarse en forma inmediata, pues no es el actor el único afiliado al Sistema General de Seguridad Social en salud y el uso del mismo también debe darse en forma racional y proporcionada, atendiendo los principios que lo sustentan y con fundamento en los cuales fue creado y desarrollado, de tal manera que se mantenga el equilibrio y buen servicio para la totalidad de los afiliados, tampoco puede concluirse que la EPS actúe en forma negligente con sustento en indicios y en las manifestaciones del demandante en el libelo, como también se hizo en la sentencia impugnada.

Además de lo anterior, si se mantuviera la condena por el servicio autorizado por la EPS al cual omitió hacer seguimiento para garantizar su prestación, como lo señaló el a quo, no podría concluirse que se trata de la cirugía tiroidectomía total – vaciamiento linfático radical de cuello unilateral, pues tal procedimiento no fue autorizado por la EPS y el demandante no dio tiempo siquiera a ser valorado por la especialidad a la que le correspondía determinar si se requería o no el procedimiento quirúrgico, por el contrario, una vez remitido tanto al cirujano de cabeza y cuello como a medicina interna, después de ser atendido por esta última especialidad y una vez se le programó cita de control a la que debía llevar los resultados de los exámenes ordenados, se dejó constancia que “el paciente refirió haberse realizado procedimiento quirúrgico porque los exámenes salieron positivo para malignidad”, de manera que se continuó con el tratamiento post quirúrgico necesario para continuar combatiendo la enfermedad, así las cosas, si hubiese lugar a algún reembolso sería al de la cita por el cirujano de cabeza y cuello, que fue el único servicio que autorizó la EPS demandada antes que el actor decidiera asumir directamente el valor de la cirugía.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

De esta manera concluye la Sala que no puede mantenerse la condena impuesta por el a quo, pues no fue autorizada por la NUEVA EPS S.A. la cirugía tiroidectomía total – vaciamiento linfático radical de cuello unilateral ni tampoco puede concluirse que haya existido una negligencia en su realización pues ningún médico adscrito a la EPS la había ordenado, la especialidad correspondiente no había valorado al paciente y pasaron apenas 11 días desde la remisión a la especialidad de cirugía de cabeza y cuello y el señor CARDENAS VANEGAS decidió asumir su costo en forma particular.

Lo anterior conlleva a que la decisión de primer grado sea revocada y en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda y se absuelva de las mismas a la NUEVA EPS S.A.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante, en la suma de \$300.000 como agencias en derecho. Las de primera instancia se revocan y quedan a cargo del demandante.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 23 de junio de 2020 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda formulada por el señor ALFREDO CARDENAS VANEGAS y **ABSOLVER** de las mismas a la NUEVA EPS S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante, en la suma de \$300.000 como agencias en derecho. Las de primera instancia se revocan y quedan a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ

Magistrada

MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 **22 2016 00728 01**
Demandante: GILMA JUDITH CORTÉS BRAVO
Demandados: COLPENSIONES

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver la apelación interpuesta por COLPENSIONES y a conocer en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 10 de marzo de 2020 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora GILMA JUDITH CORTÉS BRAVO presentó demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral sea condenada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 19 de julio de 2013, fecha de fallecimiento de su compañero permanente FERINALDO PÉREZ CARMONA.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que al señor FERINALDO PÉREZ CARMONA le fue reconocida una pensión de vejez por parte del ISS hoy COLPENSIONES mediante resolución No. 746 del 25 de enero de 2002, con quien inició una relación marital y de convivencia desde el 03 de octubre de 1992. Agregó que el señor PÉREZ CARMONA asumió la responsabilidad económica de los gastos de sostenimiento de ella y de su hija JENNY PAOLA JAIMES CORTÉS, y que fue a partir de allí que el causante tuvo una convivencia simultanea con su esposa NORA BENEDETTI DE PÉREZ (q.e.p.d.) quien falleció el 01 de agosto de 2012, por lo que, a partir de esa fecha el señor PÉREZ CARMONA tomó la decisión de compartir techo, lecho y mesa con la demandante. Por otra parte, refirió que a raíz del estado de salud de su compañero, decidieron que pasara unos días donde su hermana en Cartagena, ciudad a la que se desplazó el 17 de junio de 2013 en donde se reuniría posteriormente con la señora CORTÉS BRAVO para contraer matrimonio, sin embargo se enfermó, pues le fue detectado un cáncer el 21 de junio de 2013 por lo que la demandante solicitó permiso en su trabajo, viajó el día 05 de julio de 2013 a la ciudad de Cartagena y retornó a Bogotá a solicitar una licencia en su trabajo por 15 días, aprobada el 11 de julio de 2013, al día siguiente, el señor FERINALDO PÉREZ CARDONA elaboró de su puño y letra solicitud de asignación de fecha para la celebración del matrimonio, no obstante, el mismo no se pudo llevar a cabo porque el señor PÉREZ CARDONA estaba inconsciente y finalmente falleció el 19 de julio de 2013.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a las pretensiones por considerar que la demandante no cumple con los requisitos del literal a) artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para que le sea otorgada la sustitución pensional, pues conforme a la investigación



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

administrativa realizada por la entidad, la actora “no acredita el requisito de convivencia con el pensionado en los últimos cinco (5) años anteriores a su fallecimiento”. Formuló las excepciones de mérito denominadas: prescripción, 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, compensación y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 10 de marzo de 2020 CONDENÓ a COLPENSIONES a sustituir a la demandante la pensión del causante en catorce mesadas al año, a partir del 19 de julio de 2013 en cuantía inicial de \$1'461.881 junto con el retroactivo pensional a que hubiere lugar, autorizó los descuentos al sistema integral de seguridad social en salud y condenó en costas a la demandada en la suma de \$1'994.462.

Como sustento de su decisión señaló que obra a folio 9 del expediente declaración extra juicio del 05 de noviembre de 2013 rendida por los señores FLOR MARÍA MONTAÑA DE VÁSQUEZ, LUCY STELLA CEPEDA HURTADO y YENITH ROCÍO BERNAL, quienes declararon haber conocido a FERINALDO PÉREZ CARMONA y que les consta que convivió con GILMA JUDITH CORTÉS BRAVO desde diciembre de 2009 compartiendo techo, mesa y lecho hasta el momento del fallecimiento, manifestaciones reproducidas igualmente en los testimonios recepcionados en el trámite del proceso que se acompasaron con lo dicho en el interrogatorio de la demandante, quien aseguró que inició una relación clandestina con el causante desde 1992 y que convivió con él desde el 2009, advirtiéndose incluso que la actora se trasladó a la ciudad de Cartagena donde el causante tuvo las complicaciones de salud que desataron en su fallecimiento. No obstante, precisó que si bien en la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

demanda se indicó que la cohabitación tuvo lugar desde diciembre de 2009 fecha igualmente señalada por los testigos, lo cierto es que las conductas propias de una pareja y el apoyo económico conforme a la doctrina de nuestro órgano de cierre, tuvo lugar a partir de 1992, por lo que la relación de aquellos se extendió por más de 17 años, superándose con creces los cinco años exigidos en la ley para acceder a la pensión implorada, sin que además tuviera relevancia alguna la manera en que se desarrolló la relación sentimental de la actora, o el hecho de que mientras compartían habitación el causante FERINALDO PÉREZ tuviera una sociedad conyugal vigente con la señora NORA BENEDETTI DE PÉREZ, por cuanto de ello sólo puede concluirse la existencia de una simultaneidad en la convivencia que no es óbice para reconocer el beneficio pensional pretendido por la demandante, máxime cuando el deceso de la señora NORA BENEDETTI tuvo lugar el 1º de agosto de 2012, por lo que no advirtió la existencia de alguien con mejor derecho y en consecuencia consideró que la promotora de la litis tenía derecho al reconocimiento pensional reclamado.

5. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de COLPENSIONES interpuso el RECURSO DE APELACIÓN a fin de que sea revocada, con el argumento que la demandante no demostró la convivencia dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento del señor FERINALDO PÉREZ CARMONA.

Igualmente, como quiera que la decisión resultó adversa a una entidad pública de la que la Nación es garante como es COLPENSIONES, se estudiará el proceso en grado jurisdiccional de consulta de la sentencia, conforme lo dispuesto por el artículo 69 del CPT y SS.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y COLPENSIONES formuló alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal, los que obran en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

¿Acreditó la señora GILMA JUDITH CORTÉS BRAVO su condición de beneficiaria de la sustitución de la pensión de vejez que en vida disfrutaba el señor FERINALDO PÉREZ CÁRMONA, en calidad de compañera permanente?

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que al señor FERINALDO PÉREZ CARMONA le fue reconocida pensión de vejez por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES a partir del 1º de febrero de 2002 (folio 3), que el fallecimiento del causante ocurrió el 19 de julio de 2013 según registro civil de defunción de folio 6 y que la señora GILMA JUDITH CORTÉS BRAVO se presentó a reclamar ante COLPENSIONES la sustitución pensional en calidad de compañera permanente del señor PÉREZ CARMONA, solicitud que fue negada mediante resolución No. GNR 192738 del 26 de junio de 2015 por no acreditar el requisito de la convivencia, decisión confirmada en



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

resoluciones GNR 289640 del 22 de septiembre de 2015 y VPB 76822 del 31 de diciembre del mismo año (folios 26 a 40).

Por otra parte, obra a folio 9 del plenario declaración extra proceso rendida ante la Notaria 33 del Círculo de Bogotá el 05 de noviembre de 2013 por los señores FLOR MARÍA MONTAÑA DE VÁSQUEZ, LUCY STELLA CEPEDA HURTADO y YENITH ROCÍO BERNAL BERNAL, en la que indicaron bajo la gravedad del juramento: *“Conocimos de vista trato y comunicación al señor FERINALDO PÉREZ CARMONA (Q.E.P.D.)... desde hace 7 años, 15 años y 7 años aproximadamente, sabemos y nos consta que él convivía en unión marital de hecho con la señora GILMA JUDITH CORTÉS BRAVO... desde diciembre de 2009 compartieron mesa, techo y lecho de forma permanente e ininterrumpida hasta el día 19 de julio de 2013. SABEMOS que la señora GILMA JUDITH CORTÉS BRAVO aportaba a la unión una hija de nombre JENY PAOLA JAIMES CORTÉS, que ellas dependían económicamente del señor FERINALDO PÉREZ CARMONA, así como para los gastos personales, vivienda, salud y manutención en general. De igual manera tenemos conocimiento que ellos realizaron trámites para casarse por lo civil en una Notaría de Cartagena el cual no se pudo realizar por la enfermedad del señor FERINALDO PÉREZ quien finalmente falleció”.*

A su vez, dentro del trámite de primera instancia se escuchó en interrogatorio a la demandante, así como a los testigos LUCY STELLA CEPEDA HURTADO y YENITH ROCÍO BERNAL. La promotora de la litis aseguró que el causante, el señor PÉREZ CARMONA fue su compañero desde el año 1992, época para la cual se encontraba a su vez casada con el señor ÁLVARO JAIMES OLIVERO desde 1991 y cuya separación legal tuvo lugar en el año 2000 y finalmente asentó que convivió bajo el mismo techo con el señor FERINALDO PÉREZ CARMONA a partir de diciembre del año 2009 hasta su fallecimiento.

Por su parte, las testigos LUCY STELLA CEPEDA HURTADO y YENITH ROCÍO BERNAL fueron concordantes, coincidentes y uniformes en manifestar que la señora GILMA JUDITH CORTÉS y el señor FERINALDO PÉREZ CARMONA



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

convivieron bajo el mismo techo desde el mes de diciembre de 2009, circunstancias que a ambas les consta por ser amigas y compañeras de trabajo de la demandante JUDITH CORTÉS, particularmente la testigo LUCY STELLA CEPEDA HURTADO refirió que conoció a la demandante desde el año 2006, época para la cual conoció a su pareja el señor FERINALDO, quienes siempre salían juntos, la visitaban en su casa frecuentemente y compartió muchas veces con ellos hasta que en 2009 formalizaron la relación y decidieron vivir juntos. Refirió que con anterioridad al año 2009 el causante siempre recogía a la señora GILMA JUDITH en la empresa, le llevaba almuerzo y siempre estaban juntos en las reuniones. Adicional a ello, mencionó que el señor FERINALDO PÉREZ era quien pagaba la alimentación de la demandante, así como la educación de la hija de su compañera, quien siempre lo consideró como su padre.

La declarante LUCY STELLA CEPEDA HURTADO aseguró conocer a la actora desde hace 20 años cuando también supo de la relación que sostenía con el señor FERINALDO CARMONA. Recalcó que el causante siempre ayudó a la señora GILMA con los almuerzos, la matrícula y los uniformes de su hija.

Igualmente, las testigos manifestaron que el fallecimiento del señor FERINALDO PÉREZ ocurrió en la ciudad de Cartagena en donde se encontraba unos días por cuestiones de salud, pero que su domicilio era la ciudad de Bogotá y que la demandante asistió a las exequias de su compañero en la ciudad de Cartagena.

PREMISAS NORMATIVAS

Teniendo en cuenta que la fecha de fallecimiento del causante fue el 19 de julio de 2013, la norma que gobierna la sustitución pensional reclamada es el artículo 13 de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la ley 100 de 1993, según el cual:

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).”

En torno a las características de la convivencia que se exige para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 41.637 del 24 de enero de 2012 con ponencia de la Magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón señaló:

“...Ciertamente es que el literal a) de la aludida disposición es inequívoco en la exigencia de que tanto el cónyuge como la o el compañero permanente supérstite acredite que hizo una vida marital por lo menos 5 años continuos con anterioridad a la muerte y, justamente, bajo esa hermenéutica, esta Sala de la Corte ha señalado sobre la imposibilidad de acceder al reconocimiento de esta prestación a quien no haya demostrado que, en efecto, existió una verdadera comunidad de vida.

Ello bajo un estricto criterio material, sustentado en la finalidad de la pensión de sobrevivientes, que no es otra que la de coadyuvar a los objetivos de la seguridad social, entre los cuales se encuentra dar soporte y ayuda a los miembros del grupo, que se ven abocados a la pérdida no sólo de un ser querido, sino en la mayoría de los casos, a la orfandad de quien proveía el mantenimiento económico del hogar,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

situación que, a no dudarlo, afecta en muchos de los eventos sus condiciones de vida.

Esta Sala ha considerado que ese reconocimiento debe estar precedido de una comprobación fáctica, relativa a que quienes aspiren a ser titulares de la prestación, hayan mantenido una real convivencia y solidaridad afectiva, en amparo del nuevo concepto que incorporó al ordenamiento jurídico la Carta Política en su artículo 42, al darle prevalencia a los vínculos naturales o jurídicos, en los que, indispensablemente, estuviera inmersa la decisión libre de una pareja de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, y ello irradió la legislación laboral, que varió el formalismo y le dio preponderancia a los verdaderos lazos que deben regir una unión, en donde la permanencia, la constancia y la perseverancia, logran construir una verdadera comunidad de vida, excluyendo cualquier tipo de discriminación o prerrogativas, respecto del cónyuge sobre el compañero o compañera permanente, pues tales distinciones no se acompañan con los valores y principios del Estado Social de Derecho...

...Sobre la correcta interpretación de la parte pertinente de la norma que se acaba de transcribir, que como se dijo introdujo modificaciones al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, la Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse y referirse al grupo de beneficiarios que interesan al presente recurso extraordinario, esto es, el cónyuge y la compañera o compañero permanente. Así, en sentencia calendada 20 de mayo de 2008 radicado 32393, donde se rememoró la decisión del 5 de abril de 2005 radicación 22560, se adoctrinó que frente al "...nuevo texto de la norma, mantiene la Sala su posición de que es ineludible al cónyuge supérstite o compañero (a) permanente, la demostración de la existencia de esa convivencia derivada del vínculo afectivo con el pensionado o afiliado al momento de su fallecimiento y, por lo menos, durante los cinco años continuos antes de éste", porque de perderse esa vocación de convivencia, al desaparecer la vida en común de la pareja o su vínculo afectivo, deja de ser miembro del grupo familiar del otro, y en estas circunstancias igualmente deja de ser beneficiario de su pensión de sobrevivientes...".



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

En la sentencia SL 4925 del 22 de abril de 2015 con ponencia de la Magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón señaló la Corporación:

“...El alcance de dicha norma, y la equiparación de pensionado y afiliado ha sido objeto de pronunciamientos consistentes por parte de esta Sala, al estimar que la convivencia es un requisito indispensable para el otorgamiento de la prestación, en la medida en que ello es lo que privilegia el sistema de seguridad social, esto es los lazos familiares perdurables de los que se deriva que la ausencia física tiene unas consecuencias en la vida de la pareja que no pueden pasar desapercibidas, y en la que no es suficiente demostrar un vínculo jurídico.

Para el efecto son válidos los argumentos de la decisión CSJ SL 23, feb, 2007, rad. 29922, que tienen plena aplicación al caso controvertido:

...3. Ha de reiterar la Corte que la pensión de sobrevivientes tiene un incuestionable soporte teleológico: la protección de la familia. Y familia no es forma, sino substancia. No es apariencia o virtualidad, sino realidad...

En cuanto a la Ley 100 de 1993, en sentencia del 10 de mayo de 2005 (radicación 24445) tuvo oportunidad la Sala de Casación Laboral de explicar los alcances de la finalidad de la pensión de sobrevivientes. Así se pronunció la Corte:

“El artículo 47 de la Ley 100 de 1993 al establecer que el cónyuge o compañero permanente supérstite son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los equipara en razón a la condición que les es común para ser beneficiarios: ser miembros del grupo familiar. No significa ello que se desconozca la trascendencia de la formalización del vínculo en otros ámbitos, como para la filiación en el derecho de familia, o para quien lo asume como deber religioso por su valor sacramental, sino que se trata de darle una justa estimación a la vivencia familiar dentro de las instituciones de la seguridad social, en especial la de la pensión de sobrevivientes, que como expresión



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de solidaridad social no difiere en lo esencial del socorro a las viudas y los huérfanos ante las carencias surgidas por la muerte del esposo y padre; es obvio que el amparo que ha motivado, desde siglos atrás, estas que fueron una de las primeras manifestaciones de la seguridad social, es la protección del grupo familiar que en razón de la muerte de su esposo o padre, o hijo, hubiesen perdido su apoyo y sostén cotidiano, pero no para quien esa muerte no es causa de necesidad, por tratarse de la titularidad formal de cónyuge vaciada de asistencia mutua.

Sentencia SL 1399 del 25 de abril de 2018 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO:

“...Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605). Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida...”

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, considera la Sala contrario a lo concluido por la juez de primera instancia, que las pretensiones del libelo introductorio no encontraron pleno respaldo probatorio en el proceso para acceder a la pensión solicitada, toda vez que las pruebas documentales, el



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

interrogatorio de la demandante y las testimoniales practicadas conducen a la plena certeza que entre la señora GILMA JUDITH CORTÉS BRAVO y el causante FERINALDO PÉREZ CARMONA existió una convivencia por un periodo inferior a los cinco años exigidos por la ley para acceder al derecho a la sustitución pensional.

Es así que la misma demandante CORTÉS BRAVO aceptó que la convivencia con el señor PÉREZ CARMONA tuvo lugar a partir del mes de diciembre de 2009, lo cual corroboraron los testigos LUCY STELLA CEPEDA HURTADO y YENITH ROCÍO BERNAL y como quiera que el fallecimiento del causante ocurrió el 19 de julio de 2013, resulta diáfano concluir que la convivencia se extendió por un periodo de tres años y siete meses aproximadamente, sin que la relación sentimental que la pareja tuvo con anterioridad al mes de diciembre de 2009 tenga la virtualidad de tenerse como tiempo de convivencia, como lo entendió la a quo, pues si bien los testigos aseguraron que el causante apoyaba económicamente a la señora GILMA JUDITH CORTÉS, ello por sí solo no se traduce en la existencia de una comunidad de vida, pues es tan solo uno de los presupuestos para su conformación, de tal forma que la *convivencia real efectiva y afectiva* se acredita cuando la pareja decide formar una familia, convivir bajo el mismo techo, lecho y mesa y, en ese orden, aunque hubiese existido un noviazgo o relación prolongada antes de la convivencia, ello no genera los lazos necesarios para entender que existió una comunidad de vida entre compañeros permanentes antes de diciembre de 2009, en consecuencia, en el caso sub examine no se encuentra demostrado el tiempo mínimo de cinco años de convivencia exigido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 13 de la Ley 797 de 2003.

En atención a lo expuesto, se REVOCARÁ en su integridad la decisión de primera instancia para, en su lugar, negar las pretensiones incoadas en contra de COLPENSIONES. SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado, las de primera se revocan y quedan a cargo de la demandante.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA 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 en su integridad la sentencia proferida el 10 de marzo de 2020 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante **GILMA JUDITH CORTÉS BRAVO**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia se revocan y quedan a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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



Tribunal Superior de Bogotá

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 30 2018 00639 01
Demandante: MERY JANNETH GUTIÉRREZ CABEZAS
Demandado: UGPP, PORVENIR y PROTECCIÓN
Vinculado: COLPENSIONES

Magistrado Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de PROTECCIÓN S.A. al abogado CARLOS ANDRÉS JIMÉNEZ LABRADOR identificado con C.C. No. 1.016.053.372, y T.P. No. 317.228 del C.S. de la J., de conformidad con las facultades conferidas mediante escritura pública No. 1208 del 15 de noviembre de 2018 allegada mediante correo electrónico.

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA identificada con la C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820, conforme el poder general otorgado mediante la escritura pública No. 120 del 1º de febrero de 2021 y como su apoderada sustituta se reconoce a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con la C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 conforme la sustitución del poder otorgada, documentos aportados por correo electrónico.



Tribunal Superior de Bogotá

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PROTECCIÓN Y PORVENIR y a estudiar en grado jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia proferida 07 de octubre de 2020 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora MERY JANNETH GUTIÉRREZ CABEZAS formuló demanda ordinaria laboral en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad del traslado de régimen que realizó el 26 de abril de 1994 de CAJANAL a COLMENA hoy PROTECCIÓN y posteriormente a PORVENIR, en consecuencia, se ordene a PORVENIR y PROTECCIÓN trasladar a la UGPP la totalidad del dinero que se encuentre depositado en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, se ordene a la UGPP a recibirla sin solución de continuidad y condenar en costas a las demandadas.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante adujo en síntesis que nació el 01 de enero de 1971, se afilió al sistema general de pensiones administrado por CAJANAL y el 26 de abril de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante afiliación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN y posteriormente a PORVENIR, que la aparente decisión libre y voluntaria en el



Tribunal Superior de Bogotá

traslado no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP que la recibió, por lo que no existió consentimiento de libertad y voluntariedad, así mismo, refirió que PORVENIR omitió informarle antes del 01 de enero de 2018, de la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez admitida y notificada en legal forma la demanda, la UGPP la contestó oponiéndose a las pretensiones tras aducir que dicha entidad no tiene la facultad para declarar las situaciones jurídicas que se plantean en la demanda. Formuló las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de condena en costas, sobre la indexación y no pago de los intereses moratorios.

PROTECCIÓN S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones bajo el argumento que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la demandante, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y la administradora de pensiones, en virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto de la AFP como de la afiliada. Formuló las excepciones denominadas: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a Porvenir y aprovechamiento de los recursos públicos del sistema general de pensiones.

A su turno, PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones en la medida que la afiliación se realizó con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, así como por las instrucciones impartidas por el ente vigilante y controlador, la Superintendencia Financiera de Colombia, aunado a que no se acredita dentro del proceso prueba sumaria siquiera



Tribunal Superior de Bogotá

que conduzca a lo deprecado por la parte actora, que es claro para la ley y para la jurisprudencia que en el caso específico de obtener la declaratoria de nulidad del acto de la afiliación a una administradora de pensiones, se requiere demostrar que efectivamente la AFP omitió su deber de información para conseguir la vinculación de la persona interesada, pero en el presente caso no se dan dichos presupuestos en medida que la afiliación estuvo precedida de la suficiente ilustración del RAIS. Formuló las excepciones denominadas: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin justa causa.

En el trámite procesal se ordenó la vinculación como litisconsorte necesario a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, entidad que una vez notificada, contestó la demanda sin oponerse a la solicitud de nulidad del traslado lo cual no implica, según indicó, el allanamiento a las pretensiones, como quiera que van dirigidas a un tercero y no a COLPENSIONES. No obstante solicitó que en el caso de considerarse que dicha entidad es la llamada a recibir la afiliación de la demandante, no sea declarada, como quiera que el acto se realizó con los requisitos legales en ejercicio del derecho de libre escogencia del régimen pensional consagrado en el artículo 13 del literal b) de la ley 100 de 1993. Formuló las excepciones denominadas: prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 07 de octubre de 2020 DECLARÓ nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la señora MERY JANNETH GUTIÉRREZ CABEZAS de la extinta CAJANAL a COLMENA hoy PROTECCIÓN mediante la suscripción del formulario de afiliación de fecha 26 de abril de 1994, DECLARÓ válidamente vinculada a la demandante al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, CONDENÓ a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que permaneció en el régimen



Tribunal Superior de Bogotá

de ahorro individual con solidaridad hasta cuando se haga efectivo el traslado, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados. **CONDENÓ a PROTECCIÓN** a devolver a **COLPENSIONES** los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen los cuales deben ser cubiertos con sus propios recursos de manera indexada, **ORDENÓ a COLPENSIONES** que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información de su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el régimen de prima media con prestación definida, declaró no probadas las excepciones presentadas por las accionadas, **ABSOLVIÓ a la UGPP** de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a **PORVENIR y PROTECCIÓN** en la suma de \$3'148.000

Como fundamento de su decisión, precisó en primer lugar que la UGPP solo tiene a su cargo pensiones de las administradoras de prima media y las entidades públicas liquidadas del orden nacional y que tuvieron a su cargo pensiones causadas, motivo por el cual asumió las obligaciones a cargo de la extinta CAJANAL y que esa entidad trasladó a todos los afiliados que cumplieran su status pensional después del 1 de junio de 2009 al ISS hoy COLPENSIONES, por lo que la competencia del estudio del presente proceso se debe efectuar solamente con las obligaciones de COLPENSIONES y las entidades administradoras del régimen de ahorro individual. Aclarado lo anterior, concluyó que si bien la demandante tenía capacidad legal para suscribir la afiliación y a pesar de ser profesional del derecho, título que adquirió después del traslado, se evidencia que no recibió una debida información completa y comprensible con ilustración suficiente para que la decisión de afiliarse fuera debidamente tomada. Que a la parte demandada le correspondía demostrar en juicio que se le proporcionó a la demandante una información suficiente de las implicaciones del cambio de régimen, encontrándose solamente el formulario de afiliación que no demuestra la verdadera asesoría dada a la parte actora.



Tribunal Superior de Bogotá

5. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de PORVENIR interpuso recurso de apelación tras aducir que en los casos en los que se persigue la declaratoria de la ineficacia y nulidad, los presupuestos facticos para su procedencia distan de una manera u otra. En primer lugar, precisó que se debe tener en cuenta que hay eventos en los que no es posible visualizar perjuicios inmediatamente derivados de la decisión del traslado, de manera que las presuntas falencias de la información no producen un efecto cierto determinable en ese momento, ante tales supuestos el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó y puede verse beneficiado o perjudicado. Arguyó que en estos casos debe quedar abrigada la decisión que ha tomado el trabajador y su apuesta a la construcción en el determinado régimen de amén que no pueda generar por sí solo y por una eventual falta de información la ineficacia del traslado, en otras palabras, aclaró que los afiliados no debieran estar autorizados para interponer demandas de ineficacia del traslado tan solo porque faltando un tiempo su plan de pensión no se ajustó o no estuvo acorde a sus aspiraciones y por el contrario, cada caso se estima prudente analizar conforme a las condiciones particulares de cada uno, sin que se establezcan reglas generales o automáticas que minen la estabilidad del sistema pensional y desconozcan principios fundamentales como la autonomía de la voluntad del afiliado y libertad de escogencia del régimen.

Resaltó así que no se afectó la libre escogencia del afiliado y por tanto no está viciado su consentimiento, mencionó que el acto de traslado si bien impone un deber de información, ello no exonera al afiliado del deber de concurrir suficientemente informado a la escogencia de su régimen pensional, que la Corte Constitucional es ilustrativa en sentencia 345 de 2017 al referirse a los vicios que pueden afectar la validez de los actos jurídicos y enuncia que los defectos en su formación pueden generar en términos generales la ineficacia del mismo, pero resalta la importancia de identificar el vicio del que adolece ya que puede generar nulidad absoluta o relativa. Por lo que en este caso mal podría aceptarse que se está en presencia de error, fuerza o dolo que vicie el consentimiento o una ilicitud que genere una nulidad



Tribunal Superior de Bogotá

absoluta del acto del traslado y así estaríamos entonces frente a una nulidad relativa que bien puede sanearse con el paso del tiempo por la prescripción o ratificación que haga el interesado, razón por la cual concluyó que no se presentan los presupuestos facticos ni jurídicos para que se declare la nulidad del traslado.

En cuanto al traslado de los valores descontados durante el tiempo de afiliación correspondiente a los gastos de administración, señaló que si partimos de la lógica de la nulidad o ineficacia, las cosas volverán a su estado original, por lo tanto el ahorro jamás hubieran generado unos rendimientos financieros del régimen de ahorro individual, frente a lo afirmado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 que indica que los gastos de administración se generan tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual, adicional indicó que se ejecutaron de manera eficiente los dineros generando rendimientos que duplicaban lo que se aportó durante el tiempo de afiliación, valores que se destinan también para el pago de unos seguros previsionales para las coberturas de una contingencia y si no se presentan no hay lugar a que se paguen esos seguros, por lo tanto es menester hablar de las restituciones mutuas cuando hay detrimento, lo que no se encuentra demostrado y, por el contrario, se incrementaron los dineros de la demandante.

PROTECCION interpuso igualmente el recurso de alzada sólo en torno a la devolución de los gastos de administración, al aducir que tales conceptos han estado debidamente reconocidos y normados por el legislador como parte del sistema general de pensiones por concepto de la administración de los recursos, que se tiene por entendido que PROTECCIÓN en su momento cumplió a cabalidad los presupuestos de administración de los recursos, sumado a que la actora solicitó el traslado a PROTECCIÓN oportunidad en que se trasladaron todos los dineros que tenía en su cuenta de ahorro individual.

Igualmente, como quiera que la decisión resultó adversa a una entidad pública de la que la Nación es garante como es COLPENSIONES, se estudiará el proceso en consulta de la sentencia, conforme lo dispuesto por el artículo 69 del CPT y SS.



Tribunal Superior de Bogotá

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y las partes formularon alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal los cuales obran en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse INEFICAZ el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora MERY JANNETH GUTIÉRREZ CABEZAS y, por ende, deben trasladarse los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual en el régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, incluidos los gastos de administración de manera indexada?

PREMISAS NORMATIVAS

Sentencia 31989 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 09 de septiembre de 2008, con ponencia del Magistrado EDUARDO LOPEZ VILLEGAS.

Sentencia 33083 del 22 de noviembre de 2011, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.



Tribunal Superior de Bogotá

Sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 19447 de 2017 con ponencia del magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, con ponencia del Magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 3464 del 14 de agosto de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1467 del 21 de abril de 2021, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 359 del 3 de febrero de 2021, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Artículo 4 del Decreto 2196 de 2009 por medio del cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, se ordena su liquidación, se designa un liquidador y se dictan otras disposiciones.

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que la demandante se trasladó del régimen de prima media administrado por CAJANAL al de ahorro individual mediante suscripción del formulario de afiliación ante la AFP



Tribunal Superior de Bogotá

COLMENA hoy PROTECCIÓN del 26 de abril de 1994 con fecha de efectividad a partir del 1° de mayo del mismo año, así mismo, efectuó un traslado a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 08 de febrero de 2002 efectivo desde el 1° de abril de la misma anualidad, administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada conforme al formulario de afiliación y al historial de vinculaciones de Asofondos de folios 125, 126, y 144.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, a juicio de esta Sala, PROTECCIÓN S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a esa demandada y no a la demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., y que acoge la Sala de esta Corporación, pues 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, pues la única prueba con la cual la administradora demandada pretendió demostrar la debida información otorgada a la señora GUTIÉRREZ CABEZAS fue con la suscripción del formulario de afiliación que tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el que no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor, por lo que, en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que debía manifestar la demandante al trasladarse al RAIS, como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias tomadas como premisas normativas.

Esa carga probatoria tampoco la suplió PORVENIR pues no se demuestra la debida asesoría en la que se le explicaran las características del RAIS, las diferencias con el RPMCD ni las ventajas o desventajas de permanecer en el régimen de ahorro individual, información que aún podría ser oportuna para persuadir a la demandante de retornar al RPMPD, cuando todavía no estaba inmerso en la prohibición establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.



Tribunal Superior de Bogotá

Se concluye entonces que las administradoras de pensiones incumplieron de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional, por lo que además incumplieron su deber de buen consejo y asesoría y vulneraron los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, máxime si se tiene en cuenta que, tal como lo ha aclarado nuestro órgano de cierre en la línea jurisprudencial que se toma como premisa normativa, *"...el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación... para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*

*En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014)..." (Sentencia SL 1688 – 2019).*

Ahora bien, la línea jurisprudencial frente al deber de información de las administradoras, la carga probatoria de ellas ante el afiliado lego que solicita el traslado y la obligación de que exista un consentimiento informado para tomar la decisión libre y voluntaria de trasladarse al RAIS, no sufre variaciones cuando se trata de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición o que no tuvieron una expectativa de derecho pensional cuando solicitaron el traslado o un derecho adquirido a la pensión, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia



Tribunal Superior de Bogotá

tienen establecido que se deba contar con ello para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información sino que, por el contrario, la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Tampoco es diferente la conclusión a la que se arriba, pese al traslado de la demandante entre administradoras del RAIS, pues tal como lo indicó la Sala de Casación Laboral en la Sentencia proferida dentro del expediente 31989 del 09 de septiembre de 2008, *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”*

En ese orden, en el presente asunto el traslado de régimen resulta ineficaz y al ser la consecuencia que no produce efecto alguno, tampoco se aplica la prohibición de traslado entre regímenes si faltan menos de 10 años para obtener la edad para la pensión.

De otro lado, es dable precisar que, conforme a lo asentado por el máximo tribunal y contrario a lo expuesto por las demandadas al interponer el recurso de alzada, en la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado, se deben incluir los descuentos efectuados por gastos de administración y comisiones así como los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 6464 – 2019 en los siguientes términos:

“2. Las consecuencias prácticas de la ineficacia

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó



Tribunal Superior de Bogotá

que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

Ahora bien, como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él para dilucidar el problema planteado:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.



Tribunal Superior de Bogotá

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

Igualmente, en reciente sentencia SL1467-2021 se indicó que: “...en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”.

Así las cosas, resulta acertada la decisión del a quo al incluir en la condena los descuentos por gastos de administración, como consecuencia de la afiliación al RAIS, los cuales no pueden beneficiar a las administradoras, toda vez que, se reitera, el efecto de la ineficacia es que el acto jurídico de traslado desaparece y las cosas vuelven al estado inicial, de manera pues que no existe razón jurídica válida para que no se ordene su devolución a la verdadera administradora de pensiones a la que debió continuar afiliada la demandante de no haber sido por la omisión y el incumplimiento de las obligaciones de la AFP que debe asumir las consecuencias de tal conducta.

Corolario de lo anterior, advierte la Sala que la decisión adoptada en primera instancia no afecta el principio de la sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, pues como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2019:



Tribunal Superior de Bogotá

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con el cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros”.

Quiere decir lo anterior que la AFP devolverá a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, independientemente de si ha cotizado a una administradora de pensiones pública o privada, debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación al RAIS nunca existió,



Tribunal Superior de Bogotá

por lo que la administradora actual del demandante tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado al régimen de ahorro individual que posea el accionante hasta que se haga efectivo el traslado, en los términos indicados con anterioridad.

Respecto de la excepción de prescripción que se declaró no probada en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial.

Basta simplemente señalar que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen efectuado por la señora GUTIÉRREZ CABEZAS significa que las cosas vuelven al estado en que se hallarían si el traslado no se hubiere efectuado, esto es, la demandante debería retornar a CAJANAL que era su administradora de pensiones anterior al traslado, no obstante, con la expedición de la Ley 1151 de 2007 se ordenó al Gobierno la liquidación definitiva de CAJANAL, hecho que ocurrió en efecto con la expedición del Decreto 2196 del 12 junio de 2009.

Así las cosas, debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 692 de 1994 que en su parte pertinente dispuso: *"(…) Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Decreto, los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están. Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación. Los servidores públicos que al 1o. de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan*



Tribunal Superior de Bogotá

el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.”

Por lo anterior y como quiera que la pretensión de la demanda se formuló en torno a retornar al régimen de prima media con prestación definida que actualmente solo administra COLPENSIONES, será esa demandada la encargada de recibir a la demandante y activar su afiliación, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 4 del Decreto 2196 de 2009 dispuso que CAJANAL debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social – ISS, hoy COLPENSIONES.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, se CONFIRMARÁ la sentencia impugnada y objeto de consulta. Se condenará en COSTAS a las apelantes PROTECCIÓN y PORVENIR en la suma de \$400.000 como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 07 de octubre de 2020 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



Tribunal Superior de Bogotá

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a las apelantes PROTECCIÓN y PORVENIR en la suma de \$400.000 como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 30 2018 00190 01
Demandante: ADRIANA CONSTANZA ARÉVALO PALOMINO
Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S y PORVENIR S.A.

Magistrado Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA identificada con la C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820, conforme el poder general otorgado mediante la escritura pública No. 120 del 1º de febrero de 2021 y como su apoderada sustituta se reconoce a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con la C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 conforme la sustitución del poder otorgada, documentos aportados por correo electrónico.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLFONDOS y PORVENIR y a estudiar en grado jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia proferida el 04 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora ADRIANA CONSTANZA ARÉVALO PALOMINO formuló demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS para que previos los trámites legales se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual a través de la AFP PORVENIR en septiembre de 1997 y el posterior traslado efectuado a COLFONDOS S.A., se ordene a COLPENSIONES reactivar su afiliación, a COLFONDOS devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de su afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus frutos e intereses, conforme lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, con todos los rendimientos que se hubieren causado. Se ordene a COLFONDOS la liquidación, emisión y redención del Bono Pensional Tipo B en favor de COLPENSIONES por el tiempo que estuvo vinculada en el Hospital el Salvador de Ubaté, desde el 02 de mayo de 1984 hasta el 1º de mayo de 1985, se declare que como consecuencia de la nulidad del traslado está cobijada por el régimen pensional de vejez consagrado en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez junto con los intereses moratorios y la indexación de las mesadas causadas y no pagadas hasta la fecha efectiva del pago.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante adujo en síntesis que estuvo vinculada con el Hospital el Salvador de Ubaté desde el 02 de mayo de 1984 hasta el 1º de mayo de 1985, que a partir del 06 de noviembre de 1985 realizó aportes en el ISS con los empleadores Colombo Hebreo y Maquinaria y Herramientas Ltda., acumulando un total de 525 semanas. Adujo que en septiembre de 1997 los



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

asesores de PORVENIR acudieron a las instalaciones del Colegio Colombo Hebreo donde prestaba sus servicios, ofreciendo la opción de traslado de régimen de pensiones al RAIS, que concretamente el asesor que la atendió y gestionó su traslado, le manifestó que el régimen de ahorro individual le permitiría acceder a una pensión en fecha anterior a la prevista por el entonces ISS y en cuantía muy superior a la que podría generar de permanecer en el régimen de prima media, que le presentó como lo más beneficioso el régimen de ahorro individual y la mejor opción con miras a contar con posibilidades más favorables en materia pensional, igualmente, que el asesor le informó que el ISS sería reformado y se incrementarían los requisitos para acceder al derecho pensional por vejez frente a la edad y semanas mínimas de cotización y que se reduciría considerablemente la tasa de reemplazo para cuantificar el derecho pensional, advirtiéndole los múltiples riesgos que acarrearía su permanencia en este Instituto. Igualmente refirió que el asesor omitió informarle que de no alcanzar con el capital mínimo requerido al momento de arribar a la edad de pensión, no podría acceder a su derecho pensional y que procedería la devolución del saldo existente en su cuenta individual, que a fin de contar con una expectativa pensional debía realizar aportes voluntarios adicionales a las cotizaciones fijadas de manera obligatoria por ley para completar el capital mínimo para acceder a la pensión de vejez o para equiparar la cuantía de la prestación que podría haber obtenido en el régimen del ISS, por lo que, ante la información incompleta y engañosa suministrada por el asesor de PORVENIR y ante la errada expectativa generada, suscribió el formulario de afiliación con el cual se tramitó su traslado a partir del mes de septiembre de 1999.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez admitida y notificada en legal forma la demanda, COLFONDOS la contestó oponiéndose a las pretensiones al señalar que el traslado de la actora a dicha administradora obedeció a un traslado entre AFP's propias del régimen de ahorro individual con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994. En cuanto a la ineficacia, refirió que los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993, estipulan como elementos de ineficacia de la afiliación al sistema general de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

pensiones, que la suscripción de la vinculación no provenga de la afiliada, lo cual en el presente caso no ocurrió, pues fue la señora ADRIANA CONSTANZA ARÉVALO, quien de su puño y letra suscribió el formulario de vinculación a COLFONDOS y, en segundo lugar, que la afiliación se hubiera efectuado bajo presión o coacción, vulnerando la libre voluntad de afiliación, situación que tampoco se presentó, pues conforme a la solicitud de vinculación suscrita por la actora, dicha afiliación se realizó de manera libre, espontánea y sin coacción alguna. Formuló las excepciones denominadas: 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 afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones bajo el argumento que a la demandante no se le vulneró su derecho a la información, más aún si se tiene en cuenta que el asesor de la AFP PORVENIR, brindó la totalidad de la información al momento del traslado, COLPENSIONES en su momento respetó su derecho de libre escogencia y que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición. Sumado a ello, expuso que los asesores de PORVENIR le manifestaron de manera clara y detallada la totalidad de las condiciones propias del traslado de régimen pensional, así como las consecuencias que le acarrearía la misma, las cuales la demandante manifestó conocer y comprender al suscribir de manera libre y voluntaria los formularios de afiliación aportados como pruebas en el proceso. Formuló las excepciones de mérito denominadas: prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe.

PORVENIR S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones bajo el argumento que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y con la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia y que, por tanto, las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación, no fue caprichosa o abusiva, sino que obedeció al



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

resultado de dichas disposiciones que regulan el RAIS y las instrucciones que para el efecto ha impartido la Superintendencia. Formuló como excepciones las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 04 de febrero de 2021 DECLARÓ nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la señora ADRIANA CONSTANZA ARÉVALO del régimen de prima media al de ahorro individual administrado por PORVENIR con efectividad a partir del 1º de septiembre de 1997, DECLARÓ válidamente vinculada a la demandante al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, CONDENÓ a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad hasta cuando se haga efectivo el traslado y los costos cobrados por concepto de administración debidamente indexados, CONDENÓ a PORVENIR a devolver los costos cobrados por concepto de administración debidamente indexados, ORDENÓ a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información de su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan al régimen de prima media con prestación definida y efectúe el estudio pensional, DECLARÓ no probadas las excepciones planteadas por las accionadas y CONDENÓ en costas a PORVENIR y COLFONDOS.

Como fundamento de su decisión, adujo en síntesis que ninguna de las administradoras del régimen de ahorro individual logró demostrar suficientemente que le hubieren brindado a la demandante la información necesaria al momento de su vinculación, pues no obra ninguna prueba que así lo indique, como tampoco hubo confesión de la accionante al absolver el interrogatorio, advirtiéndose que no se le



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

indicaron las ventajas y desventajas del traslado al régimen de ahorro individual, por lo que en el presente caso consideró que se dan todos los presupuestos sentados por la jurisprudencia para declarar la ineficacia del traslado. De otro lado, asentó que no había lugar a efectuar el estudio pensional, como quiera que se requiere que COLPENSIONES tenga toda la información necesaria, razón por la cual, queda en cabeza de dicha entidad la obligación de resolver la solicitud pensional una vez ingresen todos los valores provenientes del régimen de ahorro individual.

5. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de COLFONDOS interpuso recurso de apelación de manera parcial en lo que tiene que ver con devolver los gastos de administración en forma indexada, tras aducir que dicho concepto tiene consagración legal y destinación específica correspondiente a la garantía de defensa judicial del fondo, para la compra de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y realizar las inversiones de los fondos privados, los cuales nunca entran al patrimonio de COLFONDOS, no hacen parte de la cuenta de ahorro individual, ni sirven para financiar la pensión de la demandante, remitiéndose al artículo 60 de la ley 100 de 1993 respecto de las características del RAIS. Resaltó que dichos descuentos tienen una contraprestación directa por la administración de la AFP y que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, que al respecto en sentencias SL 1688 y SL 3464 de 2019 se explicó que las consecuencias prácticas de la ineficacia son iguales que las de la nulidad, por lo tanto si se considera que el acto jurídico nunca existió, la actora no tendría derecho a los rendimientos por la buena gestión de la administradora, igualmente, refirió que se debe hacer uso de las restituciones mutuas ya que COLFONDOS actuó de buena fe generando los rendimientos, por lo que si se ordena la devolución de gastos de administración se deben devolver igualmente los rendimientos, pues se estaría frente a un enriquecimiento sin justa causa.

Por otra parte, arguyó que el pago indexado de los gastos de administración se toma como una condena en daños y perjuicios máxime cuando en el proceso no se allega



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

prueba sumaria donde se demuestre que los aportes de la demandante sufrieron daño o perjuicio y por el contrario se generaron unos rendimientos consignados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, y debe tenerse en cuenta que se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante el periodo en que COLFONDOS administró la cuenta de ahorro de la demandante y por lo tanto, estos conceptos son de tracto sucesivo que se causan con una periodicidad que impone la ley y aquellos que no fueron reclamados dentro de los tres años luego de su causación se encuentran prescritos. Finalmente, respecto de las costas, solicitó sean revocadas por ser excesivas, toda vez que la entidad actuó de buena fe.

A su turno, el apoderado de PORVENIR interpuso recurso de alzada, bajo el argumento que el traslado de los aportes va en contra del principio de indiscindibilidad de las normas, por cuanto no se hace una distinción clara entre la figura de la nulidad y la de la ineficacia, para lo cual resaltó que la Corte Constitucional ha establecido que la ineficacia en el sentido amplio es la consecuencia jurídica del régimen de nulidades y no le es permitido al juez de instancia declarar una nulidad relativa de manera oficiosa, prohibido por el Código Civil, por lo que no queda claro si corresponde a una nulidad absoluta o relativa. Precisó que en sentencia T - 345 de 2017 se hizo un estudio expedito de la figura de la ineficacia en el sentido de indicar que funciona en dos sentidos: en un sentido amplio, lo cual reiteró, como consecuencia lógica del régimen de las nulidades y la ineficacia en el sentido estricto propiamente dicho que se presenta cuando la ley prevé que el acto no puede producir efectos de ninguna naturaleza, sin que sea necesaria la existencia de una declaración judicial en ese sentido, así, refirió que dentro del proceso lo que se debe declarar es la ineficacia en el sentido estricto y al remitirnos como lo establece la Corte Constitucional a las normas que hablan sobre el deber de información, en ninguna parte se establece que la omisión del mismo traiga como consecuencia jurídica la ineficacia en sentido estricto que sí se trae en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, en donde no se dice que las cosas se retrotraen a su estado original porque esas son las consecuencias jurídicas de las nulidades sustanciales del artículo 1746 del Código Civil que también hablan de las restituciones mutuas y, en ese orden, las condenas tienen un doble rasero, pues



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

por un lado se asegura de que PORVENIR deba restituir los gastos de administración en los términos de la Corte Suprema porque nunca debieron estar en el régimen de ahorro individual y, por otro lado, también debe restituir los ejercicios financieros pese a que se entiende que no estuvo en el régimen de ahorro individual. Resaltó igualmente que los gastos de administración son de tracto sucesivo y en ese orden no son susceptibles de restitución alguna ni de indexación porque no se logra probar algún elemento de pérdida del poder adquisitivo. Además que se deben tener en cuenta los traslados conforme al artículo 113 de la ley 100 de 1993 que no hablan de la devolución de los gastos de administración, concepto que tampoco hace parte íntegra de los dineros destinados al derecho a la pensión, por tanto deben prescribir en el término trienal.

Igualmente, como quiera que la decisión resultó adversa a una entidad pública de la que la Nación es garante como es COLPENSIONES, se estudiará el proceso en consulta de la sentencia, conforme lo dispuesto por el artículo 69 del CPT y SS.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y las partes formularon alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal los cuales obran en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Debe declararse INEFICAZ el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ADRIANA CONSTANZA ARÉVALO PALOMINO y, por ende, deben trasladarse los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual en el régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, incluidos los gastos de administración de manera indexada?

PREMISAS NORMATIVAS

Sentencia 31989 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 09 de septiembre de 2008, con ponencia del Magistrado EDUARDO LOPEZ VILLEGAS.

Sentencia 33083 del 22 de noviembre de 2011, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 19447 de 2017 con ponencia del magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, con ponencia del Magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 3464 del 14 de agosto de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Sentencia SL 1467 del 21 de abril de 2021, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 359 del 3 de febrero de 2021, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que la demandante se trasladó del régimen de prima media administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual mediante suscripción del formulario de afiliación del 09 de julio de 1997 con fecha de efectividad a partir del 1º de septiembre del mismo año, así mismo, efectuó un traslado a la AFP COLFONDOS el 27 de octubre de 1999 efectivo el 1º de diciembre de la misma anualidad de conformidad con la solicitud de vinculación o traslado de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR visible a folio 199 y el historial de vinculaciones de Asofondos de folios 115 y 200.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, a juicio de esta Sala, PORVENIR S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a esa demandada y no a la demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., y que acoge la Sala de esta Corporación, pues 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, pues la única prueba con la cual la administradora demandada pretendió demostrar la debida información otorgada a la señora ARÉVALO PALOMINO fue con la suscripción del formulario de afiliación que tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el que no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

dio el respectivo asesor, por lo que, en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que debía manifestar la demandante al trasladarse al RAIS, como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias tomadas como premisas normativas.

Esa carga probatoria tampoco la suplió COLFONDOS pues no se demuestra la debida asesoría en la que se le explicaran las características del RAIS, las diferencias con el RPMCD ni las ventajas o desventajas de permanecer en el régimen de ahorro individual, información que aún podría ser oportuna para persuadir a la demandante de retornar al RPMPD, cuando todavía no estaba inmerso en la prohibición establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Se concluye entonces que las administradoras de pensiones incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional, por lo que además incumplió su deber de buen consejo y asesoría y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, máxime si se tiene en cuenta que, tal como lo ha aclarado nuestro órgano de cierre en la línea jurisprudencial que se toma como premisa normativa, *“...el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación... para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014)...” (Sentencia SL 1688 – 2019).

Ahora bien, la línea jurisprudencial frente al deber de información de las administradoras, la carga probatoria de ellas ante el afiliado lego que solicita el traslado y la obligación de que exista un consentimiento informado para tomar la decisión libre y voluntaria de trasladarse al RAIS, no sufre variaciones cuando se trata de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición o que no tuvieron una expectativa de derecho pensional cuando solicitaron el traslado o un derecho adquirido a la pensión, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se deba contar con ello para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información sino que, por el contrario, la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Tampoco es diferente la conclusión a la que se arriba, pese al traslado de la demandante entre administradoras del RAIS, pues tal como lo indicó la Sala de Casación Laboral en la Sentencia proferida dentro del expediente 31989 del 09 de septiembre de 2008, *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”*

En ese orden, en el presente asunto el traslado de régimen resulta ineficaz y al ser la consecuencia que no produce efecto alguno, tampoco se aplica la prohibición de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

traslado entre regímenes si faltan menos de 10 años para obtener la edad para la pensión.

De otro lado, es dable precisar que, conforme a lo asentado por el máximo tribunal y contrario a lo expuesto por las demandadas al interponer el recurso de alzada, en la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado, se deben incluir los descuentos efectuados por gastos de administración y comisiones así como los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 6464 – 2019 en los siguientes términos:

“2. Las consecuencias prácticas de la ineficacia

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

Ahora bien, como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él para dilucidar el problema planteado:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

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

Igualmente, en reciente sentencia SL1467-2021 se indicó que: "...en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”.

Así las cosas, resulta acertada la decisión del a quo al incluir en la condena los descuentos por gastos de administración, como consecuencia de la afiliación al RAIS, los cuales no pueden beneficiar a las administradoras, toda vez que, se reitera, el efecto de la ineficacia es que el acto jurídico de traslado desaparece y las cosas vuelven al estado inicial, de manera pues que no existe razón jurídica válida para que no se ordene su devolución a la verdadera administradora de pensiones a la que debió continuar afiliada la demandante de no haber sido por la omisión y el incumplimiento de las obligaciones de la AFP que debe asumir las consecuencias de tal conducta.

Sumado a lo anterior, tampoco resulta errada la orden impartida por el a quo correspondiente al pago indexado de los gastos de administración, pues se aclara que no se trata de un valor adicional a la condena por concepto de perjuicios como lo interpreta COLFONDOS, sino que corresponde a un valor que actualiza al momento del pago la suma que en realidad le corresponde al beneficiario, al respecto, la sentencia SL 359 del 3 de febrero de 2021 relacionado en las premisas normativa asentó que dicha figura *“pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral...”*

Corolario de lo anterior, advierte la Sala que la decisión adoptada en primera instancia no afecta el principio de la sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, pues como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2019:

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con el cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros”.

Quiere decir lo anterior que la AFP devolverá a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, independientemente de si ha cotizado a una administradora de pensiones pública o privada, debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación al RAIS nunca existió, por lo que la administradora actual del demandante tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado al régimen de ahorro individual que posea el



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

accionante hasta que se haga efectivo el traslado, en los términos indicados con anterioridad.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción que se declaró no probada en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial y de cara a lo señalado por PORVENIR y COLFONDOS, también incluye los gastos de administración pues el propósito de la ineficacia es retrotraer la situación como si el acto nunca hubiere ocurrido y además, conforme se indicó dichos rubros interesan a la no vulneración de la sostenibilidad del sistema como consecuencia del traslado.

Finalmente, la Sala no encuentra razones válidas para revocar la condena en costas en contra de COLFONDOS como lo solicita la apelante, atendiendo a lo estipulado en el artículo 365 del C.G.P. el cual establece su pago sin acudir a criterios subjetivos de las partes para su exoneración más allá de resultar vencida en juicio.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, se CONFIRMARÁ la sentencia impugnada y objeto de consulta. COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. en la suma de \$400.000 como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor de la demandante.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. en la suma de \$400.000 como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor de la demandante

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 21 2020 00087 01
Demandante: DORA LUCÍA GONZÁLEZ PINILLA
Demandado: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

Magistrado Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y a estudiar en grado jurisdiccional de Consulta a favor de dicha entidad, la sentencia proferida el 12 de febrero de 2021 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora DORA LUCÍA GONZÁLEZ PINILLA formuló demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS para que previos los trámites legales se declare la ineficacia de la afiliación y del traslado efectuada con COLFONDOS S.A. en virtud del incumplimiento del deber de información y en consecuencia, se declare que nunca dejó de pertenecer al régimen de prima media con prestación definida y que se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES, se condene a COLFONDOS S.A. al traslado de las



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

sumas y/o aportes cotizados en el Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cabeza de COLPENSIONES y a esta entidad, se le ordene aceptar dichos aportes y registrarla como su afiliada.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante adujo que efectuó cotizaciones al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES desde el 29 de abril de 1988 hasta el 04 de mayo de 1992 un total de 116,86 semanas cotizadas, que mediante formulario suscrito el 02 de marzo de 1998, cuando tenía 37 años de edad efectuó el cambio de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, en cabeza del Fondo de pensiones COLFONDOS S.A., por cuanto los asesores de esta AFP le manifestaron que adquiriría su pensión de jubilación con un monto mayor al que tendría en el ISS y que además accedería a su derecho a una edad más temprana, información que la motivó a optar por el cambio de régimen, sin que se le suministraran los datos legales suficientes para que de forma consciente decidiera cuál era el régimen pensional que más le convenía, que no le informaron que con el traslado perdería el régimen de transición y además, no se le comunicó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el I.S.S. hoy Colpensiones, pues nunca se elaboró una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada teniendo en cuenta el valor del bono pensional. Que una vez se acercó a la AFP para reclamar su derecho a la edad de 62 años, el camino que le ofrecieron fue el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, lo cual implica un enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber en un inicio por parte de la administradora siendo este su deber.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez subsanada, admitida y notificada en legal forma la demanda, COLFONDOS la contestó oponiéndose a las pretensiones al señalar que las



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

administradoras aquí convocadas sí brindaron a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Que en cuanto a la pretensión de nulidad, los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, estipulan como elementos que hicieren nula una afiliación al Sistema General de Pensiones, en primer lugar, que la suscripción de la vinculación no provenga del afiliado, lo cual no ocurrió, pues fue la señora demandante, quien con su puño y letra, suscribió en el formulario de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por COLFONDOS S.A. como lo expresa el formulario de vinculación, por lo que dicha 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 y en segundo lugar, la parte demandante suscribió el formulario de vinculación al Régimen de Ahorro Individual de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Formuló las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

A su turno, COLPENSIONES presentó escrito de contestación de la demanda oponiéndose a las pretensiones toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo, que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de la demandante y, al contrario, se observa que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente que en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010, no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993. Formuló las excepciones denominadas: errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 12 de febrero de 2021 DECLARÓ la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora DORA LUCÍA GONZÁLEZ PINILLA al régimen de ahorro individual el 02 de marzo de 1998 con fecha de efectividad a partir del 1º de mayo de 1998 por intermedio de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y, en consecuencia, declaró como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, CONDENÓ a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante tales como: -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado. Para ello se concedió el término de un (1) mes. CONDENÓ a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral, DECLARÓ no probadas las excepciones



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

propuestas por COLFONDOS y COLPENSIONES conforme a lo motivado y condenó en COSTAS a COLFONDOS en la suma de \$1.500.000.

Como fundamento de su decisión, concluyó en síntesis que en el plenario no se logró acreditar que la demandante hubiese recibido la información necesaria por parte de COLFONDOS S.A. para tomar una decisión informada sobre el cambio de régimen pensional, pues no se probó que los actos jurídicos de cambio de régimen estuvieran precedidos de una ilustración a la demandante, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

5. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia, COLPENSIONES interpuso recurso de apelación por cuanto con la declaratoria de ineficacia se afecta el patrimonio económico, pues si bien existe posición mayoritaria en la Corte Suprema de Justicia, se deben analizar criterios como que la demandante no está exonerada del deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional toda vez que no se encuentra disminuida su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta que de su elección dependía su futuro pensional, fue negligente en este aspecto, de otro lado, señaló que la actora no hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto la afiliación en las oportunidades que da la ley como era el retracto y la rescisión, así mismo, refirió que debían tenerse en cuenta las sentencias de la Corte Constitucional respecto al tema de la sostenibilidad financiera del sistema pensional en concordancia con el principio del artículo 48 de la Constitución Nacional adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 1 de 2005. Recalcó que el principio del interés general debe primar sobre el particular por cuanto dicha declaración de ineficacia afecta el patrimonio público, pues el ahorro de la demandante fue individual y no financió las pensiones del régimen de prima media y su propio ahorro no es suficiente para



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

financiar la pensión, razones por las cuales solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se declare improcedente la ineficacia.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y la parte demandante y COLPENSIONES formularon alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal los cuales obran en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse INEFICAZ el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora DORA LUCÍA GONZÁLEZ PINILLA y, por ende, deben trasladarse los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual en COLFONDOS S.A. al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES?

PREMISAS NORMATIVAS

Sentencia 31989 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 09 de septiembre de 2008, con ponencia del Magistrado EDUARDO LOPEZ VILLEGAS.

Sentencia 33083 del 22 de noviembre de 2011, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 19447 de 2017 con ponencia del magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, con ponencia del Magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 3464 del 14 de agosto de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1467 del 21 de abril de 2021, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que la demandante se trasladó del régimen de prima media administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad, mediante la suscripción del formulario de afiliación el 02 de marzo de 1998 con fecha de efectividad a partir del 1º de mayo del mismo año, de conformidad con la solicitud de vinculación o traslado de la AFP COLFONDOS visible a folio 16 y el historial de vinculaciones de Asofondos contentivo en el Cd de folio 47.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, a juicio de esta Sala, COLFONDOS S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a esa demandada y no a la demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., y que acoge la Sala de esta Corporación, pues 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, pues la única prueba con la cual la administradora demandada pretendió demostrar la debida información otorgada a la señora GONZÁLEZ PINILLA fue con la suscripción del formulario de afiliación que tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el que no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor, por lo que, en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que debía manifestar la demandante al trasladarse al RAIS, como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias tomadas como premisas normativas.

Se concluye entonces que la administradora de pensiones incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional, por lo que además incumplió su deber de buen consejo y asesoría y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, máxime si se tiene en cuenta que, tal como lo ha aclarado nuestro órgano de cierre en la línea jurisprudencial que se toma como premisa normativa, *"...el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación... para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

*En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014)...” (Sentencia SL 1688 – 2019).*

Ahora bien, la línea jurisprudencial frente al deber de información de las administradoras, la carga probatoria de ellas ante el afiliado lego que solicita el traslado y la obligación de que exista un consentimiento informado para tomar la decisión libre y voluntaria de trasladarse al RAIS, no sufre variaciones cuando se trata de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición o que no tuvieron una expectativa de derecho pensional cuando solicitaron el traslado o un derecho adquirido a la pensión, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se deba contar con ello para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información sino que, por el contrario, la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

En ese orden, en el presente asunto el traslado de régimen resulta ineficaz y al ser la consecuencia que no produce efecto alguno, tampoco se aplica la prohibición de traslado entre regímenes si faltan menos de 10 años para obtener la edad para la pensión.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

De otro lado, es dable precisar que, conforme a lo asentado por el máximo tribunal, en la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado, se deben incluir los descuentos efectuados por gastos de administración y comisiones así como los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 6464 – 2019 en los siguientes términos:

“2. Las consecuencias prácticas de la ineficacia

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

Ahora bien, como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él para dilucidar el problema planteado:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

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

Igualmente, en reciente sentencia SL1467-2021 se indicó que: "...en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones".



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Así las cosas, resulta acertada la decisión del a quo al incluir en la condena los descuentos por gastos de administración, como consecuencia de la afiliación al RAIS, los cuales no pueden beneficiar a las administradoras, toda vez que, se reitera, el efecto de la ineficacia es que el acto jurídico de traslado desaparece y las cosas vuelven al estado inicial, de manera pues que no existe razón jurídica válida para que no se ordene su devolución a la verdadera administradora de pensiones a la que debió continuar afiliada la demandante de no haber sido por la omisión y el incumplimiento de las obligaciones de la AFP que debe asumir las consecuencias de tal conducta.

Corolario de lo anterior y de cara a los argumentos expuestos por COLPENSIONES en su recurso de alzada, advierte la Sala que la decisión adoptada en primera instancia no afecta el principio de la sostenibilidad financiera respecto de dicha entidad, pues como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2019:

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con el cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros”.

Quiere decir lo anterior que la AFP devolverá a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, independientemente de si ha cotizado a una administradora de pensiones pública o privada, debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación al RAIS nunca existió, por lo que la administradora actual del demandante tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado al régimen de ahorro individual que posea el accionante hasta que se haga efectivo el traslado, en los términos indicados con anterioridad.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción que se declaró no probada en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, se **CONFIRMARÁ** la sentencia impugnada y objeto de consulta. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de febrero de 2021 por el Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 06 2016 00076 03
Demandante: VICTOR JULIO NIÑO CONTRERAS
Demandado: POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.
UGPP

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCAES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP contra la sentencia proferida el 11 de agosto de 2020 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El señor VICTOR JULIO NIÑO CONTRERAS formuló demanda en contra de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., para que previos los trámites del proceso ordinario laboral se le condene a reanudar el pago de la pensión de invalidez reconocida por el Instituto de Seguros Sociales mediante resolución 0718 del 23 de agosto de 2001 a partir del 5 de diciembre de 2005, fecha en que le fue suspendido, junto con los intereses moratorios.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, indicó el demandante que el Instituto de Seguros Sociales le reconoció pensión de invalidez por accidente de trabajo, mediante resolución 0718 del 23 de agosto de 2001. Posteriormente, la misma entidad reconoció pensión de vejez al demandante mediante resolución 024417 del 9 de junio de 2008, condicionando su reconocimiento a que previamente el demandante renunciara a la prestación económica que por accidente de trabajo venía percibiendo. El ISS descontó del retroactivo de la pensión de vejez, las mesadas pagadas por invalidez desde el 1º de diciembre de 2005 el mes de noviembre de 2011 y no liquidó los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. la contestó oponiéndose a las pretensiones por cuanto la pensión de invalidez y la de vejez son incompatibles toda vez que tienen la finalidad de amparar al afiliado contra contingencias que no le permiten seguir laborando, como medios para sufragar su subsistencia, de manera que un afiliado no puede recibir simultáneamente la pensión de vejez y la de invalidez, prestación esta última a la que renunció el demandante por ser menos representativa que la de vejez. Formuló como excepciones las de incompatibilidad de la pensión de invalidez y la pensión de vejez, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, prescripción, falta de causa jurídica y buena fe.

Con ocasión de la decisión de la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario formulada por POSITIVA, se ordenó vincular al proceso a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, entidad que pese a haberse notificado personalmente de la demanda no la contestó.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 11 de agosto de 2020 condenó a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP con cargo a los recursos del Presupuesto General de la Nación, a incluir en nómina de pensionados al accionante en virtud del reconocimiento que efectuó el ISS por resolución 718 de 2001 de la pensión de invalidez de origen profesional, por ser compatible con la pensión de vejez de origen común en la cuantía que venía disfrutando el accionante al momento de la suspensión de la prestación pensional y la indexación de las mesadas debidas mes a mes desde la exigibilidad de cada una hasta cuando se produzca el pago de lo debido.

Para así decidir argumentó que el problema jurídico debatido en el proceso se centró en determinar si la pensión de invalidez de origen profesional que reconoció el ISS por resolución 718 de 2001 en aplicación de lo previsto por el artículo 64 del decreto 3170 de 1964 a partir del 28 de febrero de 1996, es compatible con la pensión de vejez de origen común que reconoció el ISS por resolución 16330 del 22 de abril de 2008 a partir del 1º de diciembre de 2005, como consta en la resolución 24417 de 2008.

Indicó que desde la ley 90 de 1946 los dos seguros de enfermedad general y profesional se reglamentaron en forma independiente y autónoma siendo diferentes, entre otros aspectos, su financiación, su administración, el sujeto obligado a las cotizaciones, el monto de las mismas, los requisitos de las prestaciones y su monto.

Como la pensión de invalidez que reconoció el Instituto de Seguros Sociales por resolución 718 de 2001 se otorgó en aplicación del decreto 3170 de 1974 artículo 21 por accidente de trabajo y la pensión de vejez derivada de un riesgo común se concedió en aplicación del acuerdo 049 de 1990, prestación que no es



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

consecuencia obligada de la clase de trabajo o del medio en que labora el trabajador, se concluye que la figura de la compatibilidad resulta viable jurídicamente en el entendido de que su coexistencia no está prohibida puesto que las dos pensiones no cubren el mismo riesgo ni derivan del mismo seguro y el sujeto pasivo de esas obligaciones es diferente, se impone entonces de conformidad con el artículo 108 de la ley 208 de 2019 condenar a la UGPP con cargo a los recursos previstos en el Presupuesto General de la Nación a incluir en nómina de pensionados al accionante, en virtud del reconocimiento que efectuó el ISS por resolución 718 de 2001 de la pensión de invalidez de origen profesional por ser compatible con la pensión de origen común en la cuantía que venía disfrutando el accionante al momento de la suspensión de la prestación pensional primera citada.

No se fulmina condena por concepto de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, por cuanto el ISS hoy COLPENSIONES reconoció la pensión de invalidez en virtud del decreto 3170 de 1974 a partir del 18 de febrero de 1996, prestación que se causó antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en su lugar se condena al pago de la indexación de las mesadas debidas mes a mes, desde la exigibilidad de cada mesada pensional hasta cuando se produzca su pago efectivo. Se declara probada parcialmente la excepción de prescripción a partir del 6 de febrero de 2012 hacia atrás, teniendo en cuenta que la reclamación administrativa se elevó en su momento ante POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS en virtud del decreto 600 de 2008, el día 6 de febrero de 2015 y la demanda se presentó el 16 de marzo de 2016.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP interpuso el recurso de apelación por cuanto el señor VICTOR JULIO NIÑO CONTRERAS no logró demostrar el cumplimiento



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de los requisitos para hacerse beneficiario de la pensión que deprecia, teniendo en cuenta que no causó su derecho pensional antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, razón por la cual los actos administrativos expedidos por la entidad demandada se encuentran totalmente ajustados a derecho. Teniendo en cuenta entonces que no demostró el demandante la mala fe de la UGPP como sucesor de POSITIVA debe revocarse la decisión. Señaló que verificados los aplicativos y la gestión documental no se demostró que el señor NIÑO CONTRERAS haya cumplido los requisitos para el reconocimiento de la prestación. En cuanto a la condena en costas indicó que el hecho que la entidad haya resultado vencida en juicio no es viable para que se condene por dicho concepto en detrimento del patrimonio que maneja este ente de seguridad social. Solicita finalmente que, en el evento que se mantenga la condena, se revisen los valores objeto de la misma, teniendo en cuenta el principio de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema y en garantía de los recursos que administra la UGPP.

Se analizará la sentencia también en grado jurisdiccional de consulta, por haber sido adversa a una entidad pública en la que la Nación es garante como es la UGPP, conforme el artículo 69 del CPT y SS.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y solamente la UGPP aportó alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal, los que obran en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Son compatibles la pensión de vejez con la pensión de invalidez por riesgo profesional reconocidas al señor VICTOR JULIO NIÑO CONTRERAS y, por ende, tiene derecho a que se reanude el pago de esta última que fue suspendido desde el reconocimiento de la pensión de vejez?

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en primera instancia que mediante resolución 718 del 23 de agosto de 2001, el Instituto de Seguros Sociales reconoció al señor VICTOR JULIO NIÑO CONTRERAS pensión de invalidez a partir del 28 de febrero de 1996, por el accidente de trabajo ocurrido el 6 de junio de 1968, con fundamento en el artículo 21 del decreto 3170 de 1964 (folios 26 al 29). Cumplidos los requisitos por el afiliado, solicitó al ISS el reconocimiento de su pensión de vejez, sin embargo en comunicación del 26 de octubre de 2006, la entidad indicó al demandante que *“ante la imposibilidad de percibir dos prestaciones al mismo tiempo, se hace necesario que usted realice la elección respecto de cuál de las dos prestaciones desea percibir. En caso de que su elección sea percibir la pensión de vejez del seguro social (riesgos IVM) se requiere que adjunte el retiro de nómina de pensionados de su pensión de invalidez otorgada por la Gerencia de Protección de Riesgos Laborales del Seguro Social”* (folios 23 y 24). Mediante oficio de fecha 1º de diciembre de 2006 el demandante comunicó al Instituto de Seguros Sociales: *“Sin embargo, debo manifestar que la prestación económica otorgada por el Sistema de Riesgos Laborales que recibo actualmente solo corresponde a un salario mínimo legal mensual y que mis aportes a través de mi vida de trabajo y cotización son más representativos que dicha pensión razón por la cual sugiero que debe ser esta (la de vejez) en forma retroactiva la que me deben liquidar por ser más favorable a partir de la solicitud ya mencionada mediante la nueva resolución, pero dejo claro que me reservo el*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

derecho a reclamar la prestación por mi pérdida de capacidad laboral" (folios 30 y 31). Mediante resolución 016330 del 22 de abril de 2008 el Instituto de Seguros Sociales reconoció la pensión de vejez al demandante a partir del 1° de diciembre de 2005, con fundamento en el acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, resolución que posteriormente se modificó por la 024417 del 9 de junio de 2008 en cuanto a los valores ordenados inicialmente (folios 32 y 33). No fue objeto de controversia entre las partes, que a partir del reconocimiento de la pensión de vejez, se suspendió al señor VICTOR JULIO NIÑO CONTRERAS el pago de la pensión de invalidez que le había reconocido el ISS con anterioridad.

PREMISAS NORMATIVAS

El artículo 21 del Decreto 3170 de 1964 que aprobó el Acuerdo 155 de 1963 dispuso:

El incapacitado permanente parcial tendrá derecho a una pensión proporcional a la que le hubiere correspondido en caso de incapacidad permanente total y de acuerdo con el porcentaje de valuación de la incapacidad.

El incapacitado permanente total tendrá derecho a una pensión mensual equivalente al 60% del salario mensual de base.

El incapacitado permanente absoluto tendrá derecho a una pensión mensual equivalente al 70% del salario mensual de base.

El gran inválido tendrá derecho a una pensión equivalente al 85% del salario mensual de base.

En ningún caso las pensiones por incapacidad permanente total, absoluta, o gran invalidez, podrán ser inferiores a la que habría correspondido al asegurado en el



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Seguro de Invalidez no profesional. En caso de serlo, se elevará la pensión hasta el valor que le habría correspondido en el mencionado seguro.

El artículo 12 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año señala:

REQUISITOS DE LA PENSIÓN POR VEJEZ

Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.*

En sentencia SL 3869 del 25 de agosto de 2021 con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia explicó:

“...Le corresponde a la Corte dilucidar si la pensión de invalidez de origen profesional que le fue reconocida al demandante en 1975, es compatible con la pensión de vejez que le reconoció el ISS a partir del año 2001.

Desde la sentencia CSJ SL, 1.º dic. 2009, rad. 33558, reiterada en CSJ SL153-2014, CSJ SL9282-2014, CSJ SL10250-2014, CSJ SL17433-2014, CSJ SL17447-2014, CSJ SL 2096-2015, CSJ SL12155 de 2015, CSJ SL18072-2016, CSJ SL1764-2018, CSJ SL1244-2019, entre otras, esta Sala es del criterio que las pensiones de invalidez de origen laboral y de jubilación o vejez son compatibles,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

puesto que cubren riesgos distintos, tienen fuentes de financiación autónomas y una reglamentación distinta.

En esta oportunidad, la Corte sostiene ese mismo pensamiento. Más allá de si las pensiones tienen o no una regulación especializada, pues a la larga las diferentes pensiones del sistema de seguridad social tienen su propia estructura normativa, considera la Sala que el hecho de que las pensiones cubran riesgos o contingencias distintas y tengan una fuente de recaudo y de financiación autónoma, son factores relevantes a la hora de determinar la compatibilidad pensional.

En el caso de las pensiones de invalidez de origen laboral y de vejez es claro que tienen fuentes de financiación independientes, también es diáfano que protegen contingencias bien distintas.

En efecto, la pensión de invalidez de origen laboral cubre el riesgo derivado del trabajo, cuando una persona en razón de las condiciones o el ambiente en el que labora o por circunstancias relacionadas con este, sufre una enfermedad o enfrenta un accidente de trabajo que afecta su desempeño en determinado oficio. Por tanto, es una cobertura propia del trabajo, para cuyo aseguramiento los empleadores, mediante la afiliación y el pago de una prima o cotización, trasladan el riesgo al sistema, a fin de que este otorgue las prestaciones asistenciales y económicas previstas en la legislación.

La pensión de vejez es el reconocimiento que el sistema previsional hace a una persona que prestó su fuerza laboral durante muchos años y que tiene como finalidad garantizar la seguridad económica del trabajador, sustituyendo sus ingresos laborales por una prestación a cargo del sistema. La Corte Constitucional la ha definido como «un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo, por lo que el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años es debido al trabajador» (C-546-1992)...”.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, resulta diáfano para la Sala concluir que la pensión de invalidez por riesgo profesional que fue reconocida por el Instituto de Seguros Sociales al señor VICTOR JULIO NIÑO CONTRERAS mediante la resolución 718 del 23 de agosto de 2001, es compatible con la pensión de vejez que posteriormente reconociera la misma entidad mediante resolución 016330 del 22 de abril de 2008 con fundamento en el acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, toda vez que se trata de dos pensiones que pertenecen a regímenes distintos la primera al régimen de riesgos laborales y la segunda al régimen de pensiones, por lo que tienen una fuente de recaudo y de financiación autónoma, tienen su propia estructura normativa, una reglamentación distinta y amparan riesgos o contingencias también diversos, mientras la pensión de invalidez por riesgo laboral cubre una contingencia derivada del trabajo y de la imposibilidad de desarrollarlo en condiciones normales como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, *la pensión de vejez es el reconocimiento que el sistema previsional hace a una persona que prestó su fuerza laboral durante muchos años y que tiene como finalidad garantizar la seguridad económica del trabajador, sustituyendo sus ingresos laborales por una prestación a cargo del sistema, tal como lo definió nuestro órgano de cierre en la sentencia que se toma como premisa normativa, de manera pues que no debía condicionarse el reconocimiento de la pensión de vejez por parte del ISS a que el demandante escogiera entre una y otra y, en últimas renunciara a la pensión de invalidez como lo hizo, ni mucho menos debió suspenderse el pago de la pensión de invalidez una vez ingresó en nómina de pensionados por vejez, por lo que la decisión de primera instancia de reanudar su pago fue acertada y, por ende, debe confirmarse.*

No resultan acordes con el problema jurídico planteado desde la sentencia de primera instancia y que se reitera en esta decisión, los planteamientos expuestos por la señora apoderada de la UGPP en la sustentación de la alzada, relacionados con que el señor VICTOR JULIO NIÑO CONTRERAS no causó su derecho



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

pensional antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y por esa razón los actos administrativos expedidos por la entidad demandada se encuentran totalmente ajustados a derecho, toda vez que no se solicitó en las pretensiones de la demanda que se reconociera un nuevo derecho pensional, ni la decisión de declarar compatibles las dos pensiones, implica la modificación de su fecha de causación, es así como la pensión de invalidez se reconoció a partir del 28 de febrero de 1996, por el accidente de trabajo ocurrido el 6 de junio de 1968, con fundamento en el artículo 21 del decreto 3170 de 1964 y la pensión de vejez se reconoció a partir del 1º de diciembre de 2005, con fundamento en el acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, de manera pues que para la fecha en que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005 los dos derechos pensionales estaban causados y, por ende, nada tiene que ver con el problema jurídico planteado que la referida norma hubiese modificado el régimen de transición previsto por el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

En cuanto a la solicitud de la apelante de que se revisen los valores objeto de condena, debe indicarse que la sentencia de primera instancia no señaló sumas correspondientes a retroactivo pensional, toda vez que las pretensiones de la demanda se encaminaron a la reanudación del pago de la pensión de invalidez que venía haciendo el Instituto de Seguros Sociales en calidad de administradora de riesgos profesionales, por lo que será la UGPP la que determine cuál es el monto a pagar a partir del 6 de febrero de 2012, teniendo en cuenta la declaratoria parcial de la excepción de prescripción, decisión esta última que también fue acertada toda vez que el demandante agotó la reclamación administrativa el 6 de febrero de 2015 y presentó la demanda el 16 de marzo de 2016.

De otro lado, debe aclararse que si bien es cierto el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por riesgo profesional del demandante lo efectuó el Instituto de Seguros Sociales como Administradora de Riesgos Profesionales, es la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL la encargada de reanudar su pago en virtud del artículo 80 de la ley 1753 de 2015



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

según el cual *las pensiones que actualmente están a cargo de Positiva S. A., cuyos derechos fueron causados originalmente en el Instituto de Seguros Sociales, serán administradas por la UGPP y pagadas por el FOPEP, previo el traslado de la reserva actuarial correspondiente, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional*, por lo que será confirmada la decisión también por las razones expuestas.

Finalmente, no cabe duda que es procedente la condena en costas de primera instancia a la UGPP pues según el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P. *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

Con fundamento en la anterior norma, se condenará además en costas en esta instancia a la UGPP, teniendo en cuenta que se le resolvió desfavorablemente su recurso de apelación. TASENSE incluyendo como agencias en derecho la suma de \$400.000.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de agosto de 2020 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la apelante en la suma de \$400.000 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada

LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 14 2018 00230 01
Demandante: MARITZA GARCÍA VILLAMIZAR
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL
 SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Magistrado Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a la Dra. SANDRA VIVIANA FONSECA CORREA, identificada con la C.C. No. 53.177.012 y T.P. No. 169.079 del C.S.J., conforme el certificado de existencia y representación legal que obra a folios 394 al 396 del plenario.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y a estudiar en grado jurisdiccional de Consulta la sentencia proferida el 20 de octubre de 2020 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora MARITZA GARCÍA VILLAMIZAR formuló demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se ordene a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante y a OLD MUTUAL que en caso de haberse otorgado previamente pensión, se condene a seguirla pagando hasta tanto sean trasladados los recursos a COLPENSIONES.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, indicó la demandante que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 22 de diciembre de 1986, que el 1º de marzo de 1997 se trasladó a PROTECCIÓN S.A. como consecuencia de la publicidad y gestión realizada por los fondos privados de pensiones, sin embargo al momento de la afiliación o traslado el promotor de PROTECCIÓN no le dio información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios y las consecuencias negativas y específicas de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliada.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda, OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. la contestó oponiéndose a las pretensiones por cuanto la afiliación a esa administradora no obedeció a un cambio de régimen pensional sino a un traslado de AFP dentro del RAIS, por ende, no generó cambio en la naturaleza



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

jurídica y la normatividad que se debe cumplir para el reconocimiento de prestaciones económicas. Indicó que no basta con citar y/o invocar vicios del consentimiento sino que se debe explicar y probar en qué consistía cada uno de ellos y a quién es atribuible. Formuló como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

PROTECCIÓN S.A. también contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda como quiera que el contrato de afiliación entre las partes es plenamente válido y produjo efectos jurídicos, puesto que en la misma confluyeron todos los elementos para su existencia y validez, en especial la manifestación de su voluntad, al tiempo que no existió un vicio del consentimiento de la demandante ni se le ocultó información antes del momento de la firma ni al momento de afiliarse a PROTECCIÓN. Formuló como excepciones las que denominó validez de las afiliaciones a PROTECCIÓN, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción.

COLPENSIONES contestó oponiéndose a las pretensiones, toda vez que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera voluntaria, consciente y sin presiones y cuando quiso retornar al régimen de prima media con prestación definida, ya estaba inmersa en la prohibición legal para el traslado, pues estaba a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse. Argumentó que COLPENSIONES nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y las AFP demandadas, es decir que no existió injerencia alguna por parte de la entidad para que la afiliada tomara la decisión de trasladarse, por lo que ante una eventual condena, las llamadas a responder serían las AFP y no COLPENSIONES. Formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 20 de octubre de 2020 DECLARÓ la ineficacia del traslado efectuado por la señora



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

MARITZA GARCÍA VILLAMIZAR del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad y ORDENÓ a OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro de la demandante y declaró no probadas las excepciones.

Como sustento de su decisión señaló que la señora MARITZA GARCÍA VILLAMIZAR se trasladó al RAIS el 25 de febrero de 1997 con efectividad desde el 1º de abril siguiente, el 27 de marzo de 2003 se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR, el 1º de octubre de 2007 suscribió formulario de afiliación a OLD MUTUAL donde se encuentra afiliada actualmente. Lo anterior permite deducir que está inmersa en la prohibición del traslado de régimen del literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993. Explicó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado en reiteradas sentencias la declaratoria de ineficacia del régimen pensional ante el incumplimiento del deber de información o la entrega de información deficitaria de las administradoras de pensiones que se encuentran legalmente obligadas a ilustrar a sus posibles afiliados de manera clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, beneficios, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales y no es un deber que opere solo para los afiliados que tengan una expectativa pensional, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan un derecho consolidado, sino que es predicable en todos los eventos como quiera que el deber de información se erige como presupuesto de eficacia del acto jurídico de traslado, además que corresponde a las administradoras acreditar la existencia del consentimiento informado en el acto de traslado, habida cuenta que si el afiliado aduce que no se le suministró la información, se invierte la carga de la prueba. Ese deber de información existe y es exigible desde la expedición de la ley 100 de 1993 solo que con el paso del tiempo evolucionó para acumular más obligaciones a cargo de las AFP. Argumentó además que el simple consentimiento vertido en los formatos de traslado de régimen de la administradora pensional, no dan por demostrado el deber de información de la administradora pues no prueban el consentimiento informado. Consideró la juzgadora que ningún elemento de convicción allegó la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

administradora privada a la que se trasladó la demandante inicialmente, para desvirtuar los hechos señalados por ella en el libelo, por el contrario, la demandante corroboró en la diligencia de interrogatorio de parte que la información del asesor se limitó a indicarle que se pensionaría a una menor edad y con una mesada más alta que la que obtendría en el Instituto de Seguros Sociales motivando la migración de régimen en que el ISS iba a desaparecer y quedaba en riesgo de perder la pensión, de lo anterior se extrae que la asesoría fue deficiente o precaria, no se le ilustró sobre características, condiciones y requisitos para acceder a la pensión en el RAIS, sistemas de financiación de la pensión en el RAIS, modalidades de la pensión, diferencias con el régimen de prima media, es decir que no se demostró que con la asesoría brindada se permitió a la accionante comprender la lógica, los beneficios y desventajas del régimen, sin que pueda admitirse que con la suscripción del formulario de afiliación se tenga prueba del consentimiento informado como lo puntualizó la Sala de Casación Laboral de la CSJ. Arribó entonces a la conclusión de que la AFP demandada se sustrajo de suministrar información relevante y faltó a los deberes que le concernían en la migración de régimen y por ello declaró la ineficacia del acto de traslado, con la consecuencia de declarar que siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través de COLPENSIONES y condenó a SKANDIA a trasladar todos los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

5. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia SKANDIA OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. interpuso recurso de apelación en lo que se refiere a los gastos de administración y los seguros previsionales, teniendo en cuenta que los gastos de administración son una contraprestación para la afiliada, pues son de doble naturaleza: la primera el pago de una póliza de riesgo de invalidez y muerte de la cual la afiliada fue beneficiaria durante todo el tiempo de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

su afiliación a OLD MUTUAL, es decir que ese dinero se pagó mes a mes y ya no se encuentra en las arcas de SKANDIA y la segunda que los gastos de administración descontados de la cuenta directamente correspondiente al manejo administrativo que se da en razón de las inversiones que se hacen como fondo y se descuentan trimestralmente de la cuenta de ahorro individual, pues estas cuentas requieren de un mantenimiento administrativo y de manejo de información y de datos bastante grande y esta figura entonces de devolver los gastos de administración va en detrimento del patrimonio de la AFP, si bien busca proteger a COLPENSIONES, debe tenerse en cuenta que en el régimen de prima media no se generan los rendimientos que sí se generan en el RAIS, pues en el primero se genera apenas un mínimo de rentabilidad en razón a que el valor de la moneda no pierde su valor adquisitivo a través del tiempo y como en el RAIS se administran e invierten los aportes y se generan unos rendimientos correspondientes a la administración del fondo, no se tiene en cuenta que el margen de rentabilidad no existiría y podría generarse un enriquecimiento injustificado a la señora MARITZA.

Se analiza la sentencia también en grado jurisdiccional de consulta por haber sido adversa a una entidad pública en la que la Nación es garante como es COLPENSIONES, conforme el artículo 69 del CPT y SS.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y la parte DEMANDANTE, SKANDIA y COLPENSIONES formularon alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal los cuales obran en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CONSIDERACIONES

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse INEFICAZ el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora MARITZA GARCÍA VILLAMIZAR y, por ende, deben trasladarse los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual en OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES?

PREMISAS NORMATIVAS

Sentencia 31989 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 09 de septiembre de 2008, con ponencia del Magistrado EDUARDO LOPEZ VILLEGAS.

Sentencia 33083 del 22 de noviembre de 2011, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 19447 de 2017 con ponencia del magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, con ponencia del Magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 3464 del 14 de agosto de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1467 del 21 de abril de 2021, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que la señora MARITZA GARCÍA VILLAMIZAR se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 22 de diciembre de 1986 donde cotizó 523 semanas hasta el 28 de febrero de 1997 (folio 348). Pese a que no se aportó el formulario de afiliación, PROTECCIÓN S.A. certificó que la demandante estuvo afiliada a esa administradora desde el 25 de febrero de 1997 hasta el 27 de marzo de 2003 (folio 320). Posteriormente, el 27 de marzo de 2003 se trasladó a PORVENIR S.A. como permite verificarlo el certificado de consulta SIAFP de folio 319. El 1º de octubre de 2007 suscribió formulario de afiliación a SKANDIA S.A. administradora a la que está afiliada desde el mes de noviembre de 2007, como se verifica en el formulario de afiliación de folio 248 y la historia laboral consolidada de folios 249 al 261.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, a juicio de esta Sala, PROTECCIÓN S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a esa demandada y no a la demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., y que acoge la Sala de esta Corporación, pues no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, ni siquiera fue aportado por esa demandada el formulario de afiliación suscrito por la señora MARITZA GARCIA VILLAMIZAR el cual, dicho sea de paso, tiene formas previamente establecidas para todos los casos por lo que, aún si obrara en el expediente, no hubiera permitido determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor para concluir que el consentimiento vertido por la demandante al trasladarse al RAIS fue informado, como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias tomadas como premisas normativas.

Esa carga probatoria tampoco la suplió la administradora OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. pues no se demuestra la debida asesoría otorgada al momento de su traslado a ella en la que se le explicaran las características del RAIS, las diferencias con el RPMCD ni las ventajas o desventajas de permanecer en el régimen de ahorro individual, información que aún podría ser oportuna para persuadir a la demandante de retornar al RPMPD, cuando todavía no estaba inmersa en la prohibición establecida en el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Se concluye entonces que las administradoras de pensiones incumplieron de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional, por lo que además incumplieron su deber de buen consejo y asesoría y vulneraron los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, máxime si se tiene en cuenta que, tal como lo ha aclarado nuestro órgano de cierre en la línea jurisprudencial que se toma como premisa normativa, *"...el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación... para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

*En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014)...” (Sentencia SL 1688 – 2019).*

Ahora bien, la línea jurisprudencial frente al deber de información de las administradoras, la carga probatoria de ellas ante el afiliado lego que solicita el traslado y la obligación de que exista un consentimiento informado para tomar la decisión libre y voluntaria de trasladarse al RAIS, no sufre variaciones cuando se trata de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición o que no tuvieron una expectativa de derecho pensional cuando solicitaron el traslado o un derecho adquirido a la pensión, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se deba contar con ello para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información sino que, por el contrario, la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Tampoco es diferente la conclusión a la que se arriba, pese al traslado de la demandante entre administradoras del RAIS, pues tal como lo indicó la Sala de Casación Laboral en la Sentencia proferida dentro del expediente 31989 del 09 de septiembre de 2008, “*Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”

En ese orden, en el presente asunto el traslado de régimen resulta ineficaz y al ser la consecuencia que no produce efecto alguno, tampoco se aplica la prohibición de traslado entre regímenes si faltan menos de 10 años para obtener la edad para la pensión.

De otro lado, es dable precisar que, contrario a lo señalado por OLD MUTUAL en la sustentación del recurso de apelación y conforme a lo sentado por el máximo tribunal, en la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado, se deben incluir los descuentos efectuados por gastos de administración y comisiones así como los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 6464 – 2019 en los siguientes términos:

“2. Las consecuencias prácticas de la ineficacia

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Ahora bien, como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él para dilucidar el problema planteado:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Igualmente, en reciente sentencia SL1467-2021 se indicó que: *“...en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”*.

Así las cosas, resulta acertada la decisión de la a quo de incluir en la condena los descuentos por gastos de administración, como consecuencia de la afiliación al RAIS, los cuales no pueden beneficiar a las administradoras, toda vez que, se reitera, el efecto de la ineficacia es que el acto jurídico de traslado desaparece y las cosas vuelven al estado inicial, de manera pues que no existe razón jurídica válida para que no se ordene su devolución a la verdadera administradora de pensiones a la que debió continuar afiliada la demandante de no haber sido por la omisión y el incumplimiento de las obligaciones de la AFP que debe asumir las consecuencias de tal conducta.

Corolario de lo anterior, advierte la Sala que la decisión adoptada en primera instancia permite garantizar el principio de la sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES y del régimen de prima media con prestación definida, pues como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2019:

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con el cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros”.

Quiere decir lo anterior que la AFP devolverá a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, independientemente de si ha cotizado a una administradora de pensiones pública o privada, debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación al RAIS nunca existió, por lo que la administradora actual de la demandante tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado al régimen de ahorro individual que posea la accionante hasta que se haga efectivo el traslado, en los términos indicados con anterioridad.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción que se declaró no probada en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial.

Son suficientes las anteriores razones para CONFIRMAR la decisión de primera instancia.

Se CONDENA EN COSTAS a OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. en la suma de \$400.000 como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de octubre de 2020, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. en la suma de \$400.000 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ

Magistrada

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO

Magistrada

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral: 1100131050 33 2018 00168 01
Demandante: MARÍA SENOVIA GARCÍA SALAZAR
Demandados: ASESORES EN DERECHO SAS
COLPENSIONES
FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS
FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO
PÚBLICO

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de ASESORES EN DERECHOS SAS a la Dra. MARÍA CLAUDIA TOBITO MONTERO, identificada con la C.C. No. 1.020.786.735 de Bogotá y T.P. No. 300.432 del C. S. de la J. conforme la sustitución del poder de folio 22 del cuaderno del Tribunal.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por el DEMANDANTE y las demandadas FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., ASESORES EN DERECHO SAS, COLPENSIONES y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de octubre de 2020, la cual se analizará también en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora MARÍA SENOVIA GARCÍA SALAZAR formuló demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de ASESORES EN DERECHO SAS, COLPENSIONES, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO, para que, previo el trámite de un proceso ordinario laboral, se DECLARE que el señor JOSE FRANKLIN VARGAS RAMIREZ fue trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. y se CONDENE a ASESORES EN DERECHO SAS, como mandataria con representación de PANFLOTA, a expedir la resolución del bono pensional o cálculo actuarial que le corresponda por el tiempo laborado en la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA S.A.; se CONDENE a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., como vocera y administradora de PANFLOTA a pagar a COLPENSIONES el referido título pensional o cálculo actuarial; se CONDENE a COLPENSIONES a pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes teniendo en cuenta el mayor valor del ingreso base de cotización o el de los 10 últimos años a partir del 3 de agosto de 2000. Finalmente, se CONDENE a las demandadas a pagar a la demandante los intereses de mora a que haya lugar, así como los perjuicios materiales y morales ocasionados por el incumplimiento en el pago del título pensional o cálculo actuarial.

Subsidiariamente solicitó que las mismas condenas se fulminen en contra de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó la demandante que su compañero permanente señor JOSE FRANKLIN VARGAS RAMIREZ laboró para la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 10 de octubre de 1978 hasta el 7 de febrero de 1989, tiempo durante el cual no se efectuaron cotizaciones al Sistema Pensional a favor del trabajador. La referida entidad se encuentra actualmente cerrada y no dejó capital ni reservas para cubrir las contingencias laborales ni pensionales de sus trabajadores.

Teniendo en cuenta lo anterior y con fundamento en pronunciamientos legales y jurisprudenciales, considera que son las demandadas las llamadas a efectuar el cálculo actuarial y pagarlo ante la entidad que administró los aportes al sistema general de pensiones de su compañero permanente, a efectos que se le tenga en cuenta el tiempo laborado con la entidad referida para efectos pensionales.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Debidamente notificadas las demandadas y corrido el traslado de rigor, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la entidad como vocera del PAR PANFLOTA, no asumió la posición ni es el subrogatario, cesionario o sucesor procesal de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, sino que simplemente administra los recursos transferidos por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y como quiera que el vínculo entre la FIDUCIARIA y la COMPAÑÍA FLOTA MERCANTE es exclusivamente contractual, sus obligaciones están enmarcadas en el contenido del contrato de fiducia, así las cosas, solo puede realizar pagos de mesadas pensionales y de los aportes a las EPS y, en estos casos, el patrimonio autónomo solo sirve de instrumento o vehículo para realizar el pago y no asume las obligaciones pecuniarias de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE. Finalmente explicó



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

que PANFLOTA no es un patrimonio autónomo de remanentes y es la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO DEL CAFÉ quien tiene el deber de girar los recursos para cancelar las mesadas causadas y no pagadas a partir del 1º de junio de 2001, de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU 1023 de 2001. Formuló como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil e inexistencia de la obligación.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES se opuso a las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes reclamada por la actora, toda vez que teniendo en cuenta la fecha de fallecimiento del señor JOSE FRANKLIN VARGAS RAMIREZ, esto es, el 3 de agosto de 2000 no dejó causado el derecho previsto por el artículo 46 de la ley 100 de 1993 original. Se opuso también a una posible declaratoria de responsabilidad en la elaboración del cálculo actuarial del tiempo laborado por el señor VARGAS RAMIREZ para la Flota Mercante Grancolombiana S.A., toda vez que no le consta a la demandada la existencia del vínculo laboral en que se sustenta la misma y ante la omisión de afiliación es el empleador directamente quien debe realizar la solicitud de cálculo actuarial. Formuló como excepciones las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe. Inexistencia de intereses moratorios y prescripción.

La demandada ASESORES EN DERECHOS SAS también se opuso a las pretensiones de la demanda, por cuanto actúa solo como mandataria con representación PANFLOTA ya que no existe representación legal ni capacidad para ser parte y comparecer al proceso en representación de una persona jurídica inexistente, dada la terminación del proceso liquidatorio adelantado por la Superintendencia de Sociedades, aunado al hecho que al trabajador no le asiste derecho al reconocimiento y pago de cálculo actuarial, pues en la época en que se prestaron los servicios para la Flota Mercante Grancolombiana S.A. no existía la obligación legal y forzosa de afiliación para los trabajadores marítimos. Formuló



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

como excepciones las de inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIFM cerrada, el ISS no había asumido los riesgos IVM, imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante, ausencia del presupuesto fáctico para la procedencia del cálculo actuarial, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y oposición a la condena de costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante.

La NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO se opuso a la declaratoria de responsabilidad subsidiaria pretendida teniendo en cuenta que esa cartera ministerial está facultada exclusivamente para ejercer las funciones expresamente señaladas en la ley, dentro de las cuales no está la de pagar bonos o títulos pensionales por tiempos laborados a la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A., ni tampoco la de definir controversias entre la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. y sus extrabajadores o socios como la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA. Formuló como excepciones las que denominó indebida vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, inexistencia de obligación alguna del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda y falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva.

La FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA se opuso a las pretensiones de la demanda por cuanto al causante no le asiste derecho al cálculo actuarial o título pensional que reclama pues nunca fue trabajador de la FEDERACIÓN. Se opuso igualmente a la declaratoria de responsabilidad subsidiaria que se pregona en la demanda, pues la presunción legal no opera respecto de la totalidad de los elementos de la responsabilidad subsidiaria pues son inexistentes y se desvirtuará el hecho que la liquidación de la CIFM fue consecuencia de una decisión de la FEDERACIÓN, adicionalmente señala que no le corresponde al empleador efectuar el aprovisionamiento de capital para el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, respecto de aquellos trabajadores desvinculados antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993. Formuló como excepciones las que denominó ausencia de responsabilidad



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

subsidiaria en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, inexistencia de la obligación, buena fe, falta de legitimación en la causa, prescripción, cosa juzgada, pago y compensación.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 28 de octubre de 2020 CONDENÓ a ASESORES EN DERECHO SAS como mandataria con representación con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA a elaborar el cálculo actuarial respecto del tiempo laborado por el señor FRANKLIN VARGAS RAMIREZ a la Flota Mercante Grancolombiana S.A., esto es, desde el 10 de octubre de 1978 hasta el 7 de febrero de 1989; a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en calidad de vocera y administradora del PANFLOTA a trasladar el valor actualizado del cálculo actuarial; a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA a que gire los recursos necesarios a la FIDUCIARIA LA PREVISORA para que se cumpla con las órdenes impartidas; a COLPENSIONES a pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes a partir del 3 de agosto de 2000 en cuantía de un salario mínimo mensual legal en 14 mesadas anuales y un retroactivo pensional de \$64'910.163 por las mesadas causadas entre el 24 de julio de 2014 hasta el 31 de octubre de 2020, junto con los intereses moratorios. Para así decidir, argumentó el a quo que con sustento en vasta jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, se concluye que existe la obligación de hacer la provisión económica de los tiempos laborados antes de la obligación de afiliación al Sistema de Pensiones y que la obligación que surge para el empleador que omitió el pago de las cotizaciones, es la de pagar el capital correspondiente al tiempo que se ha dejado de cotizar necesario para financiar la pensión de vejez, desde la vigencia del artículo 6º del acuerdo 189 de 1965 aprobado por el decreto 1824 de ese mismo año. Señaló que la entidad encargada de promover las acciones necesarias para que el pago del cálculo actuarial se haga efectivo, es aquella a la que se encuentra afiliado el trabajador al momento de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 o al momento de causarse los derechos pensionales correspondientes. En cuanto a la entidad



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

encargada de pagar el cálculo actuarial, señaló que con fundamento en la sentencia SU 1023 de 2001, corresponde a la FIDUPREVISORA cumplir con la obligación de hacer, esto es, adelantar las actuaciones administrativas necesarias para que, en caso que el patrimonio autónomo sea insuficiente para cubrir las obligaciones con sus extrabajadores, realice las gestiones necesarias para que la Federación Nacional de Cafeteros gire los recursos para cumplir las obligaciones aquí impartidas y, en esa medida, no habría lugar a impartir órdenes frente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como tampoco frente a ASESORES EN DERECHO.

Explicó que verificados los medios probatorios aportados, se tiene que el señor JOSE FRANKLIN VARGAS fue trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana desde el 10 de octubre de 1978 hasta el 7 de febrero de 1989, tiempo durante el cual tiene derecho a que se emita un cálculo actuarial por parte de COLPENSIONES y que se incluya en la historia laboral del causante. La responsable del pago de ese cálculo actuarial es la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, previa solicitud de la FIDUCIARIA LA PREVISORA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA ante la ausencia de recursos de dicho patrimonio.

En cuanto a la pensión de sobrevivientes tuvo en cuenta el acuerdo 049 de 1990 y la ley 100 de 1993 con fundamento en el principio constitucional de la condición más beneficiosa y encontró acreditadas más de 300 semanas en cualquier época así como también que la señora MARÍA SENOVIA GARCÍA SALAZAR demostró haber tenido hijos con el causante y haber convivido con él por espacio de 31 años hasta el día de su fallecimiento.

En relación con el Ingreso Base de Liquidación, señala que en aplicación del artículo 21 de la ley 100 de 1993 sería el de los últimos 10 años laborados y que el extrabajador devengó para octubre de 1978 un sueldo mensual de 72,27 dólares, 90 dólares por alimentación y alojamiento a bordo, esto es \$6.523 pesos colombianos y aplicó un incremento anual y posteriormente la indexación de los salarios percibidos para calcular el promedio de los últimos 10 años que señaló en



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

\$536.945,33, una tasa de remplazo del 48% y una primera mesada pensional para agosto de 2000 de \$257.733 suma levemente inferior al salario mínimo, por lo que se condenó en el salario mínimo más sus incrementos legales anuales en 14 mesadas al año. Indicó que no se advierte que los mismos factores con los que se liquidaron las cesantías deban ser salario para efectos de la determinación del Ingreso Base de Liquidación.

En torno a la prescripción, indicó que se presentó reclamación administrativa el 27 de julio de 2017 y la demanda se radicó el 9 de marzo de 2018, por lo que declaró prescritas las mesadas que se dejaron de reclamar desde el 27 de julio de 2014 hacia atrás. Condenó asimismo al pago de los intereses moratorios desde el 27 de septiembre de 2017, pues COLPENSIONES debió adelantar la gestión de cobro coactivo de los aportes.

Finalmente negó los perjuicios morales y materiales solicitados por la demandante, quien tenía la carga de acreditar que los perjuicios irrogados fueron mayores a los que se compensaron con los intereses moratorios por los que se condenó.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la PARTE ACTORA interpuso el recurso de apelación teniendo en cuenta que en cumplimiento de las sentencias proferidas por la jurisdicción ordinaria laboral, la única entidad que por ley debe realizar el cálculo actuarial es COLPENSIONES, por lo que solicita que se modifique el numeral 2 porque ASESORES EN DERECHO debe elaborar el acto administrativo para que se expida el cálculo actuarial, pero es COLPENSIONES quien debe elaborarlo, además que una cosa es el cálculo actuarial y otra el cálculo de la pensión, porque de acuerdo con el decreto 1887 de 1994 para tiempos anteriores a 1993 dicho cálculo lo debe efectuar la administradora con el último salario devengado, esto es, 936 US es decir \$322.843,90 que es el salario de referencia con el que debe efectuarse el cálculo actuarial que debe incluir todos los factores salariales, para lo cual solicitó revisar el laudo arbitral de 1997 y el artículo 2° del contrato de trabajo



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

que establece el salario básico que debe incrementarse según la convención colectiva de 1988. La prima de antigüedad generada en la convención de 1957 y en el laudo arbitral del 71. Que se estableció en la hoja de vida que el señor FRANKLIN VARGAS laboraba horas extras que también deben ser tenidas como factor salarial. Que la liquidación de la prima de servicios también está en la hoja de vida del trabajador, así como la alimentación y el alojamiento. Además de lo anterior, indicó que desde el pacto de Nueva York de 1995 se estableció que 15 días de la prima extralegal son salario, pacto que es ley para las partes. Todos esos elementos que son constitutivos de salario eran tenidos en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales y retención en la fuente y, por ende, también debían tenerse en cuenta para la liquidación de los aportes a seguridad social. Todos esos salarios mes a mes son los que deben traerse a valor presente para calcular la mesada pensional de sobrevivientes, pero es claro que el cálculo actuarial debe hacerse con el último salario devengado por el trabajador en la Flota Mercante. Con fundamento en lo anterior, solicitó que se modifique el valor de la mesada pensional y del retroactivo pensional a favor de la demandante. En cuanto a la absolución del MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO señaló que actualmente cursa en el Congreso de la República un proyecto de ley para que el estado asuma el pasivo pensional de la Flota Mercante Grancolombiana pero eso todavía es una mera expectativa, es apenas un proyecto de ley, sin embargo se demandó al Ministerio porque fue él mismo el que certificó que el propietario del Fondo Nacional del Café era el estado colombiano porque son unos dineros parafiscales, unos impuestos que se generaron pero que se llevan a una cuenta especial llamada Fondo Nacional del Café, pero que así como se hacen esas inversiones, también deben pagarse las deudas insolutas que se generaron por la mala administración del Fondo, por ello en cumplimiento del numeral 4 de la ley 66 de 1942, en concordancia con el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 15 de febrero de 2001, en caso que desaparezca el Fondo Nacional del Café, debe ser la Nación la que asuma el pago del cálculo actuarial. Solicita finalmente que todas las demandadas sean condenadas en costas del proceso, toda vez que siguen dilatando el proceso y se niegan a cumplir y que los daños y perjuicios solicitados sean valorados.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ASESORES EN DERECHO SAS también interpone el recurso de apelación por cuanto el Despacho no observó el otrosí No. 3 del 30 de octubre de 2012 que modificó el contrato de fiducia mercantil cuyo numeral 25 señaló que la FIDUCIARIA solo debe expedir el acto administrativo luego de que se realiza el cálculo actuarial por la administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliado el trabajador o por la Fiduciaria La previsora. En cuanto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, solicitó que se tenga en cuenta que la Corte Suprema de Justicia ha señalado las reglas para la aplicación de la condición más beneficiosa, esto es, 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores al deceso, las cuales no cumplió el causante pues las 300 semanas deben cumplirse a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, por lo que no se dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. interpone el recurso de apelación por violación al principio de igualdad por inaplicación del criterio de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que en varias decisiones, previa declaración de la responsabilidad subsidiaria, ha condenado directamente a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ al reconocimiento y pago de los derechos pensionales de los ex trabajadores de la extinta Flota Mercante como sociedad matriz. Señala asimismo que las obligaciones del patrimonio autónomo surgen del contrato de fiducia mercantil, según el cual no tiene la obligación de realizar el cálculo actuarial, pues no existe clausula en el contrato de fiducia mercantil que establezca que el patrimonio autónomo debe pagar los cálculos actuariales, por lo que se considera contrario a derecho imponer una obligación de pago que no autoriza expresamente el contrato que es ley para las partes y a cuyo tenor está obligado el fideicomiso. La sociedad matriz asume el pago de las obligaciones de la sociedad liquidada, se desconoce el artículo 148 de la ley 222 de 1996, el patrimonio autónomo no se subrogó en las obligaciones de la sociedad liquidada ni mucho menos exoneró a la sociedad matriz de tales obligaciones, al contrario, el juez del proceso concursal en varias providencias señaló que las obligaciones estarían a cargo de la FEDERACIÓN



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

NACIONAL DE CAFETEROS y no se trasladarían a la Fiduciaria La Previsora, además que el pago de las obligaciones de las mesadas pensionales y aportes en salud, no está supeditado a la existencia de un contrato de fiducia mercantil ni a ninguna otra figura jurídica, teniendo en cuenta lo anterior que la obligación de pago impuesta por el despacho es contraria a derecho. Otro cargo es la carencia de facultades del patrimonio autónomo para reconocer derechos pensionales, pues el contrato de fiducia no establece potestad o competencia alguna de que el patrimonio autónomo proceda a reconocimientos pensionales, por el contrario, en el auto 400 01 602 11 del 22 de noviembre de 2012 el juez del concurso advirtió a la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS que estaría a su cargo el reconocimiento de derechos pensionales.

La FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA también apeló la decisión con el objeto que se revoquen integralmente las condenas impuestas a la demandada, por cuanto estima que la providencia emitida se aparta del principio de congruencia al cual deben someterse la totalidad de las providencias emitidas por las autoridades judiciales, pues no se puede olvidar que al incoar la demanda se formularon solamente pretensiones subsidiarias en contra de la demandada, por lo que solo en el evento que las pretensiones principales no prosperaran, podían estudiarse las subsidiarias, de manera pues que ante la prosperidad de la pretensión principal, no habría lugar al estudio de las pretensiones formuladas con carácter subsidiario y, por ende, cualquier orden fulminada en contra de la FEDERACIÓN debe ser revocada. Indicó que se equivocó el Juez de primera instancia en el análisis correspondiente a la responsabilidad de la FEDERACIÓN, pues no fue objeto de controversia que se inscribió como sociedad matriz a la Flota Mercante, pero erró en cuanto a que era la FEDERACIÓN la que manejaba los recursos de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, pues ésta era una persona jurídica independiente y autónoma en materia administrativa y financiera y de recursos propios, por lo que se impusieron unas órdenes contra la FEDERACIÓN sin mencionar cuál era la institución o la figura jurídica que hacía responsable a la FEDERACIÓN respecto del eventual pago del cálculo actuarial. Tampoco se hizo mención a la actividad probatoria desplegada por la FEDERACIÓN y a la copiosa



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

prueba que derruyó cualquier responsabilidad que se pretenda imponer a la demandada. Indicó que lo que se concedió en la sentencia SU 1023 de 2001 de la Corte Constitucional, fue un amparo provisional e inmediato a los pensionados de la desaparecida CIFM para el pago de sus pensiones, mientras los jueces competentes – Jurisdicción Ordinaria Laboral – resolvían quiénes eran los responsables del pago, en ese orden de ideas hablamos de un amparo temporal que no cobija al causante porque no tenía la condición de pensionado. En cambio el concepto 1307 del 15 de febrero de 2001 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado dejó establecido que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia no es la llamada a hacerse cargo del pasivo pensional de la CIFM ni siquiera en virtud de la figura de la responsabilidad subsidiaria. Además de lo anterior solicitó que se tenga en cuenta que los recursos del Fondo Nacional del Café son recursos parafiscales y por ende la ley les impone una destinación específica dentro de la cual no está el pago de emolumentos como los condenados en esta sentencia. Indicó que para resolver el problema jurídico se dio aplicación a una solución jurisprudencial que resulta excesiva, si bien no se desconoce que desde el año 2009 la Corte Suprema de Justicia modificó su postura respecto de tiempos laborados y no cotizados en aras del respeto a la seguridad social, tal postura no resulta tan pacífica, pues se han producido pronunciamientos alternos que contrastan con la posición mayoritaria que han quedado señalados en salvamentos de voto que invitan a que se asuman estas decisiones judiciales desde un espectro distinto, que se tenga en cuenta que el empleador cumplió a cabalidad con todas sus obligaciones pensionales y no se le puede exigir ninguna adicional, ni siquiera en virtud del contenido de la ley 90 de 1946, lo cual ha sido catalogado como una imprevisión legislativa y mucho más si tenemos en cuenta la fecha en que los operadores marítimos fueron llamados a inscribir a sus trabajadores en 1990, fecha posterior a la culminación del contrato de trabajo del señor JOSE FRANKLIN VARGAS RAMIREZ, por lo que no puede ampliarse la responsabilidad de la demandada. No obstante, como segundo objetivo del recurso de alzada, solicitó que de mantenerse la condena, se modifique o se morigere la misma, por lo que deben especificarse cuáles son las condiciones y los parámetros bajo los cuales debe ser liquidado el cálculo actuarial fulminado en primera instancia, pues no se



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

especificaron; solicitó entonces que se module la sentencia con alternativas como las que figuran en la jurisdicción constitucional que tienen en cuenta los salarios mínimos vigentes al momento en que tuvo lugar el vínculo laboral. En este orden de ideas invitó también a que se busque un vehículo financiero distinto al cálculo actuarial, pues el decreto 1887 no resulta aplicable en virtud de la fecha de finalización del contrato de trabajo, máxime si se tiene en cuenta que tal decreto no contempla casos como el del trabajador que devengaba su salario en dólares y la simple conversión a la tasa representativa del mercado lleva implícito un mecanismo de actualización que podría generar una condena excesiva a cargo de quien debe realizar el pago. Peticionó que se tenga en cuenta que para la época de condena existían tablas de categorías y cotizaciones que establecían topes de salario máximo asegurable, pues son los que toman las administradoras de pensiones para hacer cálculos actuariales y que dentro del salario de referencia para el cálculo actuarial, se tome solamente el salario base devengado, excluyéndose otros factores que no gozan de connotación salarial. Solicitó que se autorice el descuento del porcentaje de cotización que correspondía al trabajador, pues el sistema de seguridad social se basa en principios como el de solidaridad y tanto trabajador como empleador deben contribuir al financiamiento de las diferentes prestaciones, pues el sistema es de contribución bipartita. Que se autorice también el descuento de licencia no remunerada y de suspensiones del contrato en los que no se prestó el servicio. Finalmente solicitó que se revoque la condena en costas en contra de la FEDERACIÓN, pues la condena fulminada obedece a una posición jurisprudencial y no al incumplimiento de sus obligaciones, de no hacerse así solicitó que se distribuya la condena entre las demandadas.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES también impugnó la decisión por cuanto los hechos y pretensiones de la demanda se dirigen contra la Flota Mercante Grancolombiana y existe entonces una falta de legitimación en la causa de la demandada por lo que no es posible acceder a las pretensiones. Frente a la realización del cálculo actuarial señaló que el artículo 22 de la ley 100 de 1993 consagra las obligaciones del empleador -pago de aportes a cargo del empleador -. Explicó que si bien la Corte Suprema de Justicia en diversas



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

sentencias ha señalado que ante la hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido como tiempo efectivamente cotizado y deber del empleador pagar un cálculo actuarial por los tiempos omitidos a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social, también lo es que esto solo opera en el caso de pensiones de vejez que son derechos en formación para los que se requiere un número considerable de aportes, pero que tal figura no procede para el caso de pensiones de invalidez o sobrevivientes por la existencia del hecho generador de la prestación, por lo que no es aplicable el pago de un cálculo actuarial en este proceso por haber ocurrido la muerte del afiliado. En caso de mantenerse la condena, solicita que se revisen las operaciones aritméticas realizadas por el Despacho de primera instancia respecto del retroactivo y de los intereses moratorios y se revoque la condena en costas porque COLPENSIONES no actuó de mala fe.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y el DEMANDANTE y las demandadas COLPENSIONES, FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, ASESORES EN DERECHO SAS y FIDUPREVISORA S.A., formularon alegatos de conclusión que obran por escrito en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir teniendo en cuenta para ello el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

¿Existió entre la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA S.A. en calidad de empleadora y el señor JOSE FRANKLIN VARGAS RAMÍREZ como trabajador, un



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

contrato de trabajo que estuvo vigente entre el 10 de octubre de 1978 y el 7 de febrero de 1989 por el que debe ordenarse el pago de los aportes al sistema general de pensiones a favor del trabajador?

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo en el trámite de primera instancia, que entre la Flota Mercante Grancolombiana S.A. como empleadora y el señor JOSE FRANKLIN VARGAS RAMIREZ como trabajador se celebró contrato de trabajo a término indefinido el 10 de octubre de 1978 que finalizó el 7 de febrero de 1989, como dan cuenta el contrato de trabajo de folio 576 y la liquidación final de prestaciones sociales de folios 648 y 648 vuelto, tiempo durante el cual el trabajador no fue afiliado al Sistema General de Pensiones, como lo aceptaron las demandadas en las contestaciones respectivas.

PREMISAS NORMATIVAS

Inciso 2° del Artículo 8° del Decreto 1642 de 1995

Sentencia SL 4103 del 22 de marzo de 2017.

Sentencia SL 3512 de 2018.

CONCLUSIÓN

Si bien es cierto en providencia anterior ésta Sala de Descongestión avaló la realización del cálculo actuarial en un caso similar al que ahora se decide, atendiendo a la nueva composición de la Sala, es necesario hacer un razonamiento distinto, teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas señaladas.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

No cabe duda que entre la Flota Mercante Grancolombiana S.A. como empleadora y el señor JOSE FRANKLIN VARGAS RAMIREZ como trabajador existió un contrato de trabajo a término indefinido que estuvo vigente desde el 10 de octubre de 1978 hasta el 7 de febrero de 1989, conforme se dejó señalado en las premisas fácticas, tampoco que durante este periodo la empresa empleadora no afilió al trabajador al Sistema General de Pensiones, toda vez que los trabajadores del mar solo fueron llamados a inscripción el 15 de agosto de 1990.

Ahora bien, el trámite de convalidación de tiempos a través de un cálculo actuarial inició con posterioridad al fallecimiento del trabajador, por lo que a la luz de las sentencias del órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral y del inciso 2º del Artículo 8º del Decreto 1642 de 1995, no es posible la convalidación de tiempos, pues pese a que la empleadora era plenamente consciente de la omisión de afiliación del trabajador y que a partir de la ley 100 de 1993 contaba con herramientas o instrumentos para sanear esa situación no lo hizo, momento para el cual, dicho sea de paso, aún existía en la vida jurídica la Flota Mercante Grancolombiana S.A. directa empleadora del trabajador; por lo que tampoco puede trasladarse la asunción del riesgo o contingencia de la muerte a la entidad de seguridad social pues, tal como también lo explicó la Corte, al no afiliarse al trabajador durante la vigencia del contrato de trabajo, no se le permitió a la entidad *“prever razonablemente la realización de los riesgos, gestionarlos y adoptar medidas para la financiación de las prestaciones, a través de las reservas respectivas o de la contratación de los seguros correspondientes (artículo 6 del Decreto 832 de 1996). Contrario sensu, si el trabajador no ha estado afiliado y no se tiene noticia de la prestación de sus servicios, ni se ha adelantado algún trámite de convalidación de tiempos, los riesgos se tornan imprevisibles para la aseguradora, imposibles de gestionar y, a la postre, de financiar, por no haberse podido conservar reservas o contratar seguros”*, pues una es la naturaleza de la pensión de vejez que *“se concibe en función de la conformación de un mínimo de capital, respecto del cual la integración de aportes del empleador omiso encuentra pleno sentido, mientras que las pensiones de sobrevivientes se conciben en función de un aseguramiento del riesgo, respecto del cual la integración de aportes no tiene*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

la misma funcionalidad ni puede producir las mismas consecuencias”, teniendo en cuenta tales razonamientos, no son procedentes las pretensiones relacionadas con el pago del cálculo actuarial por la empleadora y, por ende, la sentencia debe revocarse.

Ahora, lo que también dejan claro las sentencias tomadas como premisas normativas, es que el derecho a la pensión de sobrevivientes subsiste y que como quiera que el número de semanas de cotización que dejó de efectuar el empleador omiso era determinante para que se consolidara el derecho a la pensión de sobrevivientes, es decir que de haberse efectuado las cotizaciones en vigencia del contrato de trabajo, el trabajador hubiese dejado causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, el empleador no subrogó el riesgo de muerte en la administradora de pensiones y, por ende, le corresponde asumir su reconocimiento con fundamento en el inciso 2 del Artículo 8º del Decreto 1642 de 1995.

Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, se pasa a formular el,

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

¿Dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes el señor JOSE FRANKLIN VARGAS RAMIREZ y por ende debe reconocerse a la señora MARIA SENOVIA GARCIA SALAZAR como su beneficiaria?

PREMISAS FÁCTICAS

El señor JOSE FRANKLIN VARGAS RAMIREZ laboró para la Flota Mercante Grancolombiana S.A. desde el 10 de octubre de 1978 hasta el 7 de febrero de 1989 que equivalen a 530,72 semanas de cotización. Cotizó al Instituto de Seguros Sociales un total de 232, 85 semanas desde el 17 de mayo de 1969 hasta el 30 de septiembre de 1978 y desde el 1º de junio de 1995 hasta el 31 de mayo de 1996 como consta en el reporte de semanas de cotización que obra en el expediente



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

administrativo y falleció el 3 de agosto de 2000, según registro civil de defunción de folio 569 del plenario.

PREMISAS NORMATIVAS

En cuanto a las reglas aplicables a fin de determinar la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes en el presente asunto se tendrá en cuenta:

Artículo 46 de la ley 100 de 1993 en su texto original:

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y*
- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:*
 - a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;*
 - b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.*

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley.”

Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese año, en su artículo 25:



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

“ARTÍCULO 25. PENSION DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMÚN. Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:

- a. Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común y,*
- b. Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente Reglamento.”*

Como complemento del anterior, el artículo 6° del mismo reglamento prevé:

“REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

- a. Ser inválido permanente total o inválido absoluto o gran inválido y,*
- b. Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época.”*

Sobre las reglas de la procedencia del principio de la condición más beneficiosa para los afiliados cuyo fallecimiento ocurrió en vigencia de la Ley 100 de 1993, esta Colegiatura tiene en cuenta las Sentencias SL 8085 del 24 de junio de 2015, con ponencia del Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno y SL4807 del 21 de octubre de 2020 M.P. Gerardo Botero Zuluaga.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas y corolario de lo definido en el primer problema jurídico, concluye la Sala que el señor JOSE FRANKLIN VARGAS RAMIREZ no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes con fundamento en la ley 100 de 1993, que era la norma vigente para la fecha de su fallecimiento, pues no estaba cotizando ni tampoco cotizó 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a la referida data.

No obstante, en aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa, se permite la aplicación del acuerdo 049 de 1990 que exigía para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes 150 semanas en los 6 años anteriores a la muerte o 300 en cualquier época que, según la jurisprudencia que se toma como premisa normativa, debían estar satisfechas para el momento en que empezó a regir la ley 100 de 1993. En el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta el tiempo laborado por el señor VARGAS RAMÍREZ en la Flota Mercante Grancolombiana S.A. si bien entre el 3 de agosto de 1994 y el 3 de agosto de 2000 tampoco cotizó semana alguna, sí cotizó 763,57 semanas, es decir más de las 300 en cualquier tiempo exigidas por la norma aplicable, que fueron satisfechas antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 como lo exige la jurisprudencia para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

Lo anterior permite arribar a la conclusión de que el señor JOSE FRANKLIN VARGAS RAMIREZ dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes y que era la extinta Flota Mercante Grancolombiana S.A. en condición de empleadora la que debía reconocer ese derecho pensional, toda vez que el tiempo que fue su trabajador y que la extinta entidad omitió su obligación de hacer los aportes al Sistema General de Pensiones, es determinante para la consolidación del derecho a la pensión de sobrevivientes.

Por lo anterior, la referida prestación económica deberá reconocerse a la señora MARÍA SENOVIA GARCÍA SALAZAR siempre y cuando esté acreditado en el



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

proceso que tenía la condición de compañera permanente del causante en los términos del artículo 29 del acuerdo 049 según el cual:

“Para que el compañero o compañera permanente tenga derecho a la pensión de sobrevivientes, se requerirá que sea soltero o que siendo casado estuviere separado legal y definitivamente de cuerpos y de bienes y que haya hecho vida marital con el causante durante los tres (3) años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, o con la que haya tenido hijos; si en varias mujeres concurren estas circunstancias solo tendrán un derecho proporcional las que tuvieron hijos con el asegurado fallecido”.

Procederá entonces la Sala a verificar si con las pruebas aportadas al proceso se demostró que la señora MARÍA SENOVIA GARCIA SALAZAR acreditó la condición de compañera permanente del señor JOSE FRANKLIN VARGAS RAMIREZ para la fecha de su fallecimiento y, por ende debe reconocérsele la pensión de sobrevivientes como su beneficiaria.

Obra dentro del expediente administrativo del causante y de su hoja de vida, copia de los registros civiles de nacimiento de FRANKLIN JUNIOR VARGAS GARCÍA, KARIN VARGAS GARCÍA y JENNY IVONNE VARGAS GARCÍA hijos de la señora MARIA SENOVIA GARCÍA SALAZAR y del señor JOSE FRANKLIN VARGAS RAMÍREZ. Asimismo declaración extrajuicio rendida por la demandante en la que indicó que convivió en unión marital de hecho con el señor JOSE FRANKLIN VARGAS RAMIREZ de manera permanente e ininterrumpida, desde el mes de noviembre de 1969 hasta el día en que falleció, que de la unión hubo 3 hijos KARIN, FRANKLIN JUNIOR y JENNY IVONNE VARGAS GARCÍA; con tales manifestaciones coincidió el señor JOSE EDUARDO TÉLLEZ PEREIRA en declaración extrajuicio que obra en el expediente administrativo; así como los señores ANA JULIA VANEGAS FORERO, LUCY AMPARO VARGAS RAMÍREZ y FRANKLIN JUNIOR VARGAS GARCÍA en declaraciones extrajuicio de folios 573 al 575 del plenario.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Con fundamento en las pruebas aportadas al proceso y que se detallaron en líneas anteriores, considera la Sala que la señora MARÍA SENOVIA GARCÍA SALAZAR acreditó su condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de su compañero permanente, pues además que procreó tres hijos con el causante, acreditó que convivió con él durante un término muy superior a los 3 años exigidos por el Acuerdo 049 de 1990, por lo que debe reconocérsele la prestación económica solicitada.

Ahora bien, para efectos de calcular el monto de la pensión de sobrevivientes a la demandante, no puede acudir al artículo 21 de la ley 100 de 1993, pues no se trata de una pensión prevista en esa norma, ni tampoco de una pensión de régimen de transición, sino que en virtud del principio de la condición más beneficiosa, debe aplicarse la norma anterior a la ley 100 de 1993 en su integridad pues, lo contrario atentaría contra el principio de inescindibilidad de las normas. Con fundamento en lo anterior, debe aplicarse la tasa de reemplazo y el salario mensual de base previstos por el acuerdo 049 de 1990, esto es:

El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas.

El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses.

Y la tasa de reemplazo será del 48% atendiendo a las 763,57 semanas de cotización del causante como se explicó en las premisas fácticas.

Para efectos de calcular el salario mensual de base, debe tenerse en cuenta que se trata de aquel sobre el cual se efectuaron las cotizaciones a favor del trabajador que, para las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales por otros empleadores, es el reportado en la relación de semanas de cotización que obra en el expediente administrativo y para las 530,72 semanas que debió cotizar la Flota



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Mercante Grancolombiana S.A. es el conformado por los factores salariales denominados sueldos, dominicales y feriados, extras, viáticos y/o suplementos y recargo trabajo nocturno atendiendo a lo dispuesto en los artículos 127 y 130 del CST. Ahora bien, de haberse hecho los aportes a pensión del tiempo laborado por el demandante por la Flota Mercante Grancolombiana S.A., estos no debían calcularse sobre los factores de prima de antigüedad, la alimentación y el alojamiento y el 8,3333% de la prima de servicios extralegal, pues ni las convenciones colectivas ni los laudos arbitrales que obran a folios 583 al 646 refieren que deban tenerse como factores de salario para efectos pensionales y no podría esta colegiatura tenerlos como tal por el simple hecho que se tuvieran en cuenta para liquidar la cesantía, pues no existe elemento probatorio alguno del que se concluya su carácter salarial.

Así las cosas, las últimas 100 semanas que deben tenerse en cuenta para calcular el salario mensual de base, corresponden al periodo comprendido entre el 7 de noviembre de 1987 hasta el 31 de mayo de 1996, para cuyo cálculo se tuvo en cuenta que con posterioridad al contrato de trabajo del causante con la Flota Mercante, los aportes se hicieron en forma interrumpida o discontinua por otros empleadores, es decir que del 7 de noviembre de 1987 al 7 de febrero de 1989 se calcula con los salarios devengados en la Flota Mercante y del 8 de febrero de 1989 al 31 de mayo de 1996 con los salarios reportados por otros empleadores ante el Instituto de Seguros Sociales en los diferentes periodos que se hicieron cotizaciones.

Teniendo en cuenta la hoja de vida del actor en la Flota que fue aportada al plenario, se tiene que el señor JOSE FRANKLIN VARGAS RAMÍREZ devengó los siguientes salarios mensuales:

| <u>1987 (folio 48)</u> | | <u>Semanal</u> | |
|------------------------|------------------------|----------------|----------|
| US 389.86 | Sueldo | \$95.273 | \$22.208 |
| US 59.23 | Dominicales y festivos | \$14.475 | \$3.374 |
| US 24.56 | Horas extras | \$6.001 | \$1.399 |



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

| | | | |
|----------|------------------|----------|---------|
| US 41.46 | Recargo Nocturno | \$10.132 | \$2.361 |
|----------|------------------|----------|---------|

1988 (folio 334)

Semanal

| | | | |
|-----------|------------------------|-----------|----------|
| US 389.86 | Sueldo | \$117.972 | \$27.499 |
| US 95.22 | Dominicales y festivos | \$28.813 | \$6.716 |
| US 22.32 | Horas extras | \$6.754 | \$1.574 |
| US 44.47 | Recargo Nocturno | \$13.457 | \$3.136 |

1989 (folio 648)

Semanal

| | | | |
|-----------|--------------------------|-----------|----------|
| US 572,67 | Sueldos | \$221.314 | \$51.588 |
| US 95,02 | Extras | \$36.721 | \$8.559 |
| US 273,39 | Viáticos y/o suplementos | \$105.654 | \$24.627 |
| US 27,26 | Recargo nocturno | \$10.535 | \$2.455 |

Y teniendo en cuenta el reporte de semanas de cotización, del 1º de junio de 1995 al 31 de mayo de 1996 (33,29 semanas), se tendrán en cuenta los siguientes salarios:

| | | Semanal |
|---|-----------|----------|
| 1º de junio al 30 de junio de 1995 (4,14 semanas) | \$131.000 | \$30.536 |
| 1º de julio al 31 de julio de 1995 (4,29 semanas) | \$129.000 | \$30.069 |
| 1º de agosto al 30 de nov de 1995 (17,14 semanas) | \$127.000 | \$29.603 |
| 1º de diciembre al 31 de dic de 1995 (4,29 semanas) | \$119.000 | \$27.738 |
| 1º de enero al 31 de enero de 1996 (0,71 semanas) | \$52.000 | \$12.121 |
| 1º de mayo al 31 de mayo de 1996 (2,71 semanas) | \$158.333 | \$36.907 |

La suma de los salarios semanales de las ultimas 100 semanas corresponde a \$3'174.672, la centésima parte es \$31.746 x 4.33 = \$137.463 que indexados a la fecha de fallecimiento del causante (3 de agosto de 2000)

Valor Actualizado = Valor Histórico x $\frac{\text{IPC final}}{\text{IPC inicial}}$



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Valor actualizado = \$137.463 x $\frac{\text{IPC 1999}}{\text{IPC 1995}}$

Valor actualizado = \$137.463 x $\frac{57,00236}{31,23709}$

Valor actualizado = \$137.463 x 1,8248

Valor actualizado = \$250.842

Y aplicada la tasa de reemplazo el 48% como se explicó en líneas anteriores, arroja una mesada pensional de \$120.404 para el 3 de agosto de 2000, suma inferior al salario mínimo legal vigente para ese momento que era de \$260.100, conforme lo anterior, la mesada pensional de la demandante será de un salario mínimo mensual legal junto con sus reajustes legales anuales en 14 mesadas al año, desde el 3 de agosto de 2000.

TERCER PROBLEMA JURÍDICO

¿Corresponde a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su condición de vocera y administradora con cargo a los recursos del PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA pagar la pensión de sobrevivientes a la señora MARÍA SENOVIA GARCIA SALAZAR, a ASESORES EN DERECHOS SAS expedir el acto administrativo contentivo del reconocimiento pensional y a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS efectuar el pago subsidiario de la misma?

PREMISAS FÁCTICAS

EN RELACIÓN CON LA FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS Y LA COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A.

La FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA se creó el 8 de junio de 1946 con el 45% de capital del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, 45% capital venezolano y 10% capital Ecuatoriano.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

En 1954 se retiró Venezuela y el capital de la FLOTA pasó al 80% que correspondía al FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y el 19,93% del Banco de Fomento del Ecuador.

El FONDO NACIONAL DEL CAFÉ es una cuenta de naturaleza parafiscal a la que contribuyen exclusivamente los cafeteros colombianos cuyo objetivo prioritario es contribuir a estabilizar el ingreso cafetero mediante la reducción de los efectos de la volatilidad del precio internacional, esa cuenta es administrada por la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS en virtud del contrato de administración que periódicamente celebra con el GOBIERNO NACIONAL (folios 30 al 39).

El 29 de abril de 1998, la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA solicitó a la CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA que inscribiera la situación de subordinación de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE como filial de la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA (folios 312 vuelto al 314 vuelto).

La SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES decretó la liquidación obligatoria de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE mediante auto 411 – 11731 del 31 de julio de 2000 (folios 316 al 339 del expediente).

La misma SUPERINTENDENCIA mediante autos 400 – 010928 del 28 de agosto de 2012 y 400 – 016211 del 22 de noviembre de 2012 aprobó la rendición final de cuentas, la terminación del proceso liquidatorio de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, el cierre y extinción de la persona jurídica COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. y ordenó que la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y matriz y controlante de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. CERRADA continuara con el pago del pasivo pensional de sus ex trabajadores. (folios 348 al 367 vuelto).

EN RELACIÓN CON LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

El 14 de febrero de 2006 se celebró entre la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A. actuando como entidad liquidadora de la CIFM S.A. EN LIQUIDACION OBLIGATORIA y la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., un contrato de fiducia mercantil que tuvo por objeto la constitución de un PATRIMONIO AUTONOMO denominado FIDEICOMISO PANFLOTA con los bienes y recursos que le sean transferidos por la liquidadora al momento de la celebración de este contrato y los que se le transfieran con posterioridad, con el fin que FIDUPREVISORA administre esos recursos y los destine al pago de las mesadas pensionales a cargo de la CIFM, administre las contingencias jurídicas que le sean entregadas y atienda los gastos necesarios para cumplir con esos objetivos (folios 751 al 770 del expediente).

En relación con los derechos pensionales de los ex trabajadores de la COMPAÑIA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., la FIDUCIARIA LA PREVISORA asumió las siguientes funciones:

1. Administrar el patrimonio autónomo PANFLOTA con los activos y recursos transferidos por la liquidadora.
2. Pagar las mesadas pensionales a los pensionados de la CIFM EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA en la cuantía que a cada uno de ellos corresponde.
3. Verificar que los beneficiarios pensionados de la CIFM cumplan con los requisitos necesarios que acrediten su condición de tales, acorde con la información entregada por la liquidadora.
4. Atender oportunamente las quejas, reclamos y peticiones que se presenten por parte de los beneficiarios de los pagos, giros o transferencias de las reclamaciones, cuentas y recobros.

EN RELACIÓN CON ASESORES EN DERECHO SAS

El 7 de junio de 2013, la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ordenó la reapertura del proceso liquidatorio de la CIFM S.A. con el fin único y exclusivo que



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

el liquidador procediera a nombrar un mandatario con cargo al patrimonio autónomo PANFLOTA para efectos de atender las solicitudes y trámites pensionales de los trabajadores de la COMPAÑIA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. y sus beneficiarios.

El 2 de agosto de 2013, se suscribió contrato de mandato entre el liquidador de la COMPAÑIA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. y la Dra. CARINA ISABEL SUAREZ GUTIERREZ en calidad de mandataria, para efectos de atender las solicitudes y trámites pensionales de los ex trabajadores de la extinta entidad y de sus beneficiarios, mandataria que presentó renuncia.

De conformidad con la cláusula décima del contrato de mandato, se efectuó la cesión del mismo al PATRIMONIO AUTONOMO PANFLOTA razón por la cual el contrato de mandato se celebró por FIDUPREVISORA como vocera y administradora de PANFLOTA, quien nombró y facultó a la sociedad ASESORES EN DERECHO SAS como mandatario con representación con cargo al patrimonio autónomo PANFLOTA con las siguientes funciones:

1. Expedir cualquier acto administrativo relacionado con el reconocimiento, la sustitución o cualquier trámite pensional de los ex trabajadores de la CIFM con cargo al PATRIMONIO AUTONOMO PANFLOTA, una vez la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS gire los respectivos recursos.
2. Atender los requerimientos judiciales y administrativos.
3. Excepcionalmente cuando medie orden judicial expedir el acto administrativo que ordene la reliquidación pensional.
4. Gestionar su propia defensa judicial.

Además, en la cláusula 6ª del mencionado contrato se determinó que las obligaciones económicas o pecuniarias que se desprenden de los actos administrativos expedidos por el mandatario en desarrollo del mandato, con ocasión de la atención de solicitudes o trámites de derechos pensionales de los ex



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

trabajadores de la entidad liquidada estarán a cargo exclusivamente del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, en estricto cumplimiento de la sentencia SU-1023-2001.

Lo anterior con fundamento en la certificación expedida por el representante legal de la sociedad ASESORES EN DERECHO SAS que obra en medio magnético a folio 800 en el archivo denominado "*certificado contrato de mandato 9264-001-2014*").

PREMISAS NORMATIVAS

Parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995

Sentencia SU 1023 del 26 de septiembre de 2001 con ponencia del Magistrado JAIME CORDOBA TRIVIÑO.

CONCLUSIÓN

Las anteriores premisas fácticas y normativas permiten concluir a la Sala que ante la innegable condición de subordinación de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. respecto de la matriz o controlante FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, situación que fue inscrita en el registro mercantil por solicitud de la propia FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, como quedó señalado en las premisas fácticas, operó la presunción contenida en el parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 según el cual la liquidación de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE fue producida por causa o con ocasión de las actuaciones que realizó la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato.

Considera la Sala que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA no logró desvirtuar la referida presunción, toda vez que no obra una



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

sola prueba en el plenario que permita verificar que fueron otras las circunstancias u otras las personas jurídicas de derecho privado o público las responsables del estado de liquidación de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, las pruebas aportadas por la referida demandada, solo muestran la situación de la economía y específicamente del sector cafetero a nivel nacional e internacional y la situación general de la compañía hasta el momento de la liquidación y con posterioridad, sin que de ninguna de ellas pueda deducirse la responsabilidad de persona distinta a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en su liquidación ni que la misma haya ocurrido por circunstancias diversas a los actos ejecutados por la matriz o controlante, que es la presunción que debía desvirtuar la encartada para no endilgarle responsabilidad alguna en el derecho pensional causado por el fallecimiento del señor JOSE FRANKLIN VARGAS RAMIREZ.

Tal como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia SU 1023 del 26 de septiembre de 2001 rememorando la sentencia C-510 de 1997, la responsabilidad de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS no es una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto que no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquella tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados.

Ahora, si bien la Federación Nacional de Cafeteros en el trámite ante la Corte Constitucional se opuso a la afectación de los recursos del Fondo Nacional del Café y/o de la Federación para asumir el pago de las mesadas a favor de los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, pues consideró que se trata de recursos parafiscales, los cuales pueden destinarse únicamente a los fines que señale la ley sin que en ellos se encuentre el pago de pasivos pensionales, argumento que reiteró en su recurso de apelación en este trámite ordinario, la Corte no lo admitió por dos razones fundamentales:



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

“En primer lugar, las inversiones efectuadas por la Federación Nacional de Cafeteros en la Flota Mercante tuvieron como finalidad el desarrollo de actividades inherentes al fomento y/o beneficio del sector cafetero del país, en tanto se realizaron a su favor actividades de mercadeo, transporte y comercialización del café colombiano y las inversiones en la Flota Mercante así lo evidenciaron en su momento. En segundo lugar, la teoría de las rentas parafiscales referida a inversiones en las actividades que señale la ley tiene una relación de doble vía, comprendida como la oportunidad que tienen los destinatarios de beneficiarse de las rentas o utilidades que genere su inversión y el derecho a la posterior destinación dentro de los amplios parámetros que señala la ley, la cual genera a su vez, en sentido contrario, la obligación de asumir las cargas que se surjan en el proceso.

Téngase en cuenta además que los recursos del Fondo Nacional del Café son administrados por la Federación Nacional de Cafeteros como persona jurídica y en virtud del contrato de administración firmado periódicamente con el Gobierno Nacional. Así mismo, la titularidad de las acciones de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante están a nombre de la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, en tanto es la Federación la persona jurídica, de derecho privado, encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café, en virtud del señalado contrato de administración y debido a que el Fondo carece de personalidad jurídica propia...

...la calidad de matriz o controlante que admite tener la Federación sobre la CIFM, la presunción de responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante que consagra el parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995, el carácter de persona jurídica de derecho privado encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café y el contenido específico del contrato de administración, sirven de fundamento en esta oportunidad para afectar transitoriamente los recursos de la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, con el fin de evitar que se sigan vulnerando derechos fundamentales de los pensionados a cargo de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante...”



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Concluye entonces la Sala que es la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como entidad matriz o controlante de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. la que debe asumir la responsabilidad subsidiaria del pago de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del señor JOSE FRANKLIN VARGAS RAMÍREZ, ante la omisión de la empleadora Flota Mercante Grancolombiana S.A. de efectuar las cotizaciones al Sistema General de Pensiones en favor de su trabajador en vigencia del contrato de trabajo celebrado entre ellos.

En lo que tiene que ver con la responsabilidad de FIDUPREVISORA S.A., de acuerdo con el Contrato de Fiducia relacionado en las premisas fácticas, se observa que el objeto del mismo incluye el pago de las mesadas pensionales a los pensionados de la CIFM EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA en la cuantía que a cada uno de ellos corresponde, como quiera que el derecho aquí reconocido surgió en virtud del tiempo laborado por el señor JOSE FRANKLIN VARGAS RAMÍREZ y por la omisión de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. que tampoco saneó la hoy extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. convalidando el tiempo ante la entidad de seguridad social, debe condenarse a la FIDUPREVISORA S.A. al pago de la prestación económica a la demandante.

Corolario de lo anterior, la obligación de ASESORES EN DERECHO SAS como mandataria con representación con cargo al patrimonio autónomo PANFLOTA de la expedición de actos administrativos está directamente relacionada con el reconocimiento, la sustitución o cualquier trámite que tenga que ver con el reconocimiento pensional de los ex trabajadores de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., razón por la cual le corresponde expedir el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora MARÍA SENOVIA GARCÍA SALAZAR en los términos y cuantías señalados en esta providencia.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

En cuanto al pago del retroactivo pensional a favor de la demandante, como quiera que la reclamación administrativa se agotó el 19 de diciembre de 2017 y la demanda se presentó dentro del año siguiente, se declararán prescritas las mesadas pensionales causadas desde el 3 de agosto de 2000 hasta el 30 de noviembre de 2014, fecha última que tiene en cuenta además de la presentación de la reclamación, que las pensiones se pagan por mensualidades vencidas, como lo ha señalado nuestro órgano de cierre en sentencias como la SL 1011 de 2021. Se condenará entonces a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. a que pague a la señora MARÍA SENOVIA GARCIA SALAZAR la suma de \$80'772.926 por concepto del retroactivo pensional causado entre el 1 de diciembre de 2014 hasta el 31 de marzo de 2022, con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA y, subsidiariamente a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA si resultan insuficientes los referidos recursos.

Finalmente, se CONFIRMARÁ la decisión en cuanto ABSOLVIÓ al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no se advierte ninguna obligación relacionada con el pago de mesadas pensionales a los extrabajadores de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. pues las únicas llamadas al cumplimiento de tal obligación son la FIDUCIARIA LAPREVISORA S.A. y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como se indicó.

Se NIEGA la condena a los intereses moratorios solicitados toda vez que no son aplicables en tanto la pensión reconocida lo fue con fundamento en el acuerdo 049 de 1990 y no en la ley 100 de 1993.

Asimismo se NIEGAN los perjuicios solicitados por cuanto cualquier perjuicio ocasionado con la omisión de afiliación del trabajador, queda compensado con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a su beneficiaria.

COSTAS en esta instancia a cargo de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ASESORES EN DERECHO S.A.S. por haber sido vencidos en el recurso de apelación, en cuantía de \$400.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de octubre de 2020 y, en su lugar, **CONDENAR** a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA y, subsidiariamente a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA si resultan insuficientes los recursos del mismo, a que pague a la señora MARÍA SENOVIA GARCÍA SALAZAR la pensión de sobrevivientes en condición de beneficiaria del señor JOSE FRANKLIN VARGAS RAMÍREZ en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente a partir del 3 de agosto de 2000, en 14 mesadas anuales, junto con los incrementos legales anuales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PRESCRITAS las mesadas pensionales causadas desde el 3 de agosto de 2000 hasta el 30 de noviembre de 2014, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA y, subsidiariamente a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA si resultan insuficientes los recursos del mismo, a que pague a la señora MARÍA SENOVIA GARCÍA SALAZAR la suma de \$80'772.926 que corresponde al retroactivo pensional causado entre el 1 de diciembre de 2014 hasta el 31 de marzo de 2022, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CUARTO: CONDENAR a ASESORES EN DERECHO SAS a expedir el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora MARIA SENOVIA GARCIA SALAZAR en los términos y cuantías señalados en esta providencia.

QUINTO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones de la demanda a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación y cobro de lo no debido formuladas por COLPENSIONES y las de inexistencia de obligación alguna del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda y falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva formuladas por la NACIÓN -MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO; PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción formulada por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y no probadas las de falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil e inexistencia de la obligación formuladas por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.; las de inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIFM cerrada, el ISS no había asumido los riesgos IVM, imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante, ausencia del presupuesto fáctico para la procedencia del cálculo actuarial, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y oposición a la condena de costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante, formuladas por ASESORES EN DERECHO SAS y las de ausencia de responsabilidad subsidiaria en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, inexistencia de la obligación, buena fe, falta de legitimación en la causa, pago y compensación formuladas por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

SEPTIMO: COSTAS en esta instancia a cargo de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y de ASESORES EN DERECHO SAS en cuantía de \$400.000 como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas y a favor del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada

LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 39 201600490 01
Demandantes: MARÍA EMID MEJÍA DE SEDANO
Demandado: COLPENSIONES
SANDRA CECILIA CABRERA PEÑA
MIGUEL ÁNGEL SEDANO CABRERA
PAULA ANDREA SEDANO CABRERA

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

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

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 27 de julio de 2020 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora MARÍA EMID MEJÍA DE SEDANO formuló demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de SANDRA CECILIA CABRERA PEÑA, de PAULA ANDREA SEDANO CABRERA y de MIGUEL ÁNGEL SEDANO CABRERA, para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

sustitución pensional compartida en su calidad de cónyuge supérstite del señor MIGUEL ROBERTO SEDANO BARBOSA (q.e.p.d.), en la cuota correspondiente por su convivencia desde el 04 de enero de 1969 hasta el 10 de octubre de 2006, el retroactivo de la cuota parte de las mesadas causadas desde el 10 de octubre de 2006 hasta la fecha del reconocimiento de la pensión debidamente indexada y en consecuencia, se descuenten las mesadas adeudadas que le fueran reconocidas a SANDRA CECILIA CABRERA PEÑA en calidad de compañera permanente del causante a nombre propio y en representación de sus menores hijos MIGUEL ÁNGEL SEDANO CABRERA y PAULA ANDREA SEDANO CABRERA.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones indicó en síntesis que el señor MIGUEL ROBERTO SEDANO BARBOSA era pensionado del extinto Instituto de Seguros Sociales conforme a la Resolución No. 015762 del 28 de junio de 2004, que el causante contrajo matrimonio católico con ella el 4 de enero de 1969, que durante la vigencia del vínculo matrimonial procrearon dos hijas de nombres MARCÍA EMYTH y MAYERLY SEDANO MEJÍA, ambas mayores de edad y que el deceso de su cónyuge ocurrió el 10 de octubre de 2006. De otro lado, manifestó que el señor SEDANO BARBOSA inició demanda de cesación de efectos civiles del matrimonio católico ante el Juzgado 22 de Familia de Bogotá, proceso que correspondió al radicado No. 0703-05 en el que se convocó a audiencia de conciliación el 10 de octubre de 2006, en desarrollo de la cual el causante falleció en el despacho judicial. Que se presentó a reclamar la sustitución pensional el 07 de marzo de 2007, prestación que fue negada por el entonces ISS y le fue reconocida a la señora SANDRA CECILIA CABRERA PEÑA y a sus menores hijos PAULA ANDREA y MIGUEL ÁNGEL SEDANO CABRERA.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda, la convocada a juicio PAULA ANDREA SEDANO CABRERA la contestó oponiéndose a la totalidad de las pretensiones al aducir que carecen de todo fundamento legal y fáctico. Formuló las excepciones denominadas: falsedad absoluta de que la actora haya convivido hasta el último día de vida con Miguel Roberto Sedano Barbosa y enriquecimiento sin causa de la demandante quien saqueó el haber de la sociedad conyugal cuando ya estaban separados de cuerpos.

COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a las pretensiones, bajo el argumento que su prosperidad debe ser el resultado de lo demostrado en el proceso. Formuló las excepciones denominadas: prescripción, buena fe e inexistencia del derecho y de la obligación.

A su turno, la señora SANDRA CECILIA CABRERA PEÑA y el menor MIGUEL ÁNGEL SEDANO CABRERA representados mediante curador ad litem presentaron escrito de contestación con oposición a las pretensiones de la demanda, al aducir que los hechos sobre los cuales se fundan deben ser probados en el transcurso del proceso de acuerdo con el artículo 167 del C.G.P. Formularon las excepciones denominadas: inexistencia de toda obligación y prescripción.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 27 de julio de 2020 DECLARÓ probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación presentada por COLPENSIONES, DENEGÓ las pretensiones de la demanda incoadas por la señora MARÍA EMID MEJÍA DE SEDANO y la condenó en costas en la suma de \$1'877.803 como agencias en derecho.

Como sustento de su decisión, argumentó que estudiados los elementos probatorios, se advirtió que la demandante faltó a la verdad dentro del presente



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

proceso dadas ciertas actitudes al absolver el interrogatorio, como el hecho de no recordar la fecha del deceso de su cónyuge y no encargarse de su funeral, circunstancias que ratifican la conclusión de que la señora MARIA EMID no convivía con el causante, además que en la audiencia de conciliación surtida en el Juzgado de Familia, diligencia donde ocurrió su deceso, se observa que el deseo de las dos partes era cesar los efectos civiles del matrimonio, refirió además que tampoco resultaba creíble que MARIA EMID para el día de la audiencia viviera con el causante.

De otro lado, para el juzgado, el hecho de que los cónyuges hubiesen convivido cinco años en cualquier tiempo no hace nacer el derecho pensional de manera automática, dado que el presente caso se puede considerar como excepcional o sui géneris, por lo que debían valorarse diferentes aspectos, observándose que a través de las pruebas se puede determinar si la convivencia estuvo impregnada de las características que encierran la noción de tal acepción para que le sea transmitido el derecho pensional, dicho en otras palabras, que la jurisprudencia ha señalado que cada caso debe estudiarse de manera concreta y que más que la circunstancia de una separación de hecho pero con el vínculo matrimonial vigente, lo que debe verificarse es que exista esa ayuda mutua, apoyo espiritual, e incluso económico entre los cónyuges que no cesan los efectos civiles de su matrimonio. Apoyó su decisión en la sentencia SL 1399 de 2018 con radicado No. 45779 que reiteró la noción de convivencia como aquella comunidad de vida forjada en el crisol del amor, asistencia solidaria, acompañamiento espiritual a la par de una convivencia real y efectiva, características que se presumen cuando se encuentra vigente el vínculo matrimonial aunque existiera la separación de hecho, pero que en este caso se tiene que el causante interpuso demanda de cesación de efectos civiles del matrimonio católico en dos ocasiones, en el año 2003 y en el 2005 procesos conocidos por los juzgados 1° y 22 de Familia de Bogotá y de los cuales no se puede desconocer que aún si en la primera ocasión no se accedió a la pretensión de la demanda radicada por el señor SEDANO BARBOSA, lo cierto es que él insistió en consolidar la extinción del vínculo matrimonial que lo unía con la demandante, al punto que ambos manifestaron su deseo irrevocable de separarse como se indicó en la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

diligencia de conciliación, precisó además que si bien no se perfeccionó el acto jurídico por el hecho natural del fallecimiento del causante, también lo es que esa manifestación de voluntad de las partes estuvo dirigida a la cesación de los efectos civiles del matrimonio, voluntad ésta que debe prevalecer ante cualquier otra aseveración amén de que pese al hecho sobreviniente de la muerte del causante, se observa que el juez otorgó a las partes la oportunidad de dialogar y conciliar sus diferencias sin resultados favorables, de lo que se desprende que se encontraba ausente la ayuda mutua la asistencia solidaria y acompañamiento espiritual durante los últimos años de vida del causante.

Aunado a lo anterior, puso de presente que aunque dicho requisito de cinco años de convivencia en tratándose del cónyuge no es indispensable que se acrediten con anterioridad al fallecimiento del causante, lo cierto es que tampoco se dan las condiciones para reconocer el derecho pensional porque no se demostró dicha ayuda mutua, comprensión, asistencia solidaria, afecto entrañable y el acompañamiento espiritual que es lo que se presume cuando está vigente el vínculo matrimonial amén de que en este proceso hubo una expresión de voluntad de la demandante y el causante de cesar los efectos civiles de su matrimonio, que no se pudo materializar por el hecho de la muerte del pensionado fallecido.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación a fin de que sea revocada y en su lugar se acceda a las pretensiones, para lo cual argumentó en primer lugar, que el despacho hizo un esfuerzo en desmeritar la convivencia simultánea que el causante tuvo con su cónyuge y la compañera permanente hasta la última hora de su vida. Refirió que la teoría de la señora juez es en cierta forma proclive a la demandada y es lesiva para los intereses de la demandante, sobre todo por cuanto hace un esfuerzo en probar lo que resulta irrelevante y esto es, si hubo o no convivencia de la cónyuge durante los últimos cinco años con el causante, porque el mismo artículo 13 de la ley 797 de 2003 modificadorio del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 ya ha



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

dado solución clarísima, pues señala que si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente con sociedad conyugal anterior no disuelta, dicha pensión se dividirá entre ellas en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido, por ende, no era un presupuesto de la acción la convivencia de los últimos cinco años del causante, sino que la ley dice que si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la relación conyugal, podrá reclamar una cuota parte proporcional al tiempo convivido con el causante, lo que no hizo Colpensiones, ni la señora Juez desconociendo flagrantemente la ley, pues la exigencia de probar los cinco años anteriores al fallecimiento es de la compañera y no de la esposa.

Ahora, respecto de si existía o no la sociedad conyugal al momento de la muerte del causante, arguyó que por más intención y voluntad de las partes, dado el proceso de cesación de efectos civiles ante el Juzgado 22 de Familia que no concluyó y por más que se haya logrado por mutuo acuerdo terminar el vínculo matrimonial, éste no cobra vigencia en el mundo de la ley, hasta que se profiera una sentencia, que dicha conciliación no tiene ningún efecto legal, por cuanto era materia de la sentencia del juez y por ende el a quo no podía hablar de una preexistencia de una sentencia por una conciliación en la que habían llegado al acuerdo de hacer un divorcio de mutuo acuerdo hasta que no se hubiese producido el pronunciamiento del juez y la firma de los asistentes a la misma que brilla por su ausencia. Igualmente indicó que la juez fue muy prolija al señalar la buena voluntad, la buena fe, el ánimo de la unión marital de hecho pero no examinó la buena fe, solidaridad, el ánimo de una convivencia de muchísimos años anteriores a esa separación de hecho con la cónyuge, o sea no vio la causal de separación del matrimonio y vulneró lo que ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de que no se puede hablar de la separación como el hecho, sino que debe atenderse a la causa de la separación, además que no se puede predicar que la causante de esa separación fuese la cónyuge superviviente cuando tuvo que separarse en razón a la irregularidad de una relación que se aceptó durante los últimos años, la cual fue muy ocasional porque el causante era músico y, conforme el dicho de los testigos, se la pasaba de serenata en serenata y por lo tanto no cumplía sus deberes conyugales, ni se podía decir que atendía a la solidaridad y apoyo mutuo con la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

cónyuge, la cual gracias a su habilidad negocial y sus esfuerzos, fue la que sostuvo ese hogar; en ese orden, el recurrente solicitó la aplicación de la ley admitiendo que no hubo convivencia en los últimos cinco años, pero que, en ese caso opera de hecho y de derecho la pensión compartida entre la compañera y la cónyuge, porque ese es el propósito de la norma.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y COLPENSIONES formuló alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal los cuales obran en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

¿Acreditó la señora MARIA EMID MEJÍA DE SEDANO su condición de beneficiaria de la sustitución de la pensión que en vida devengaba el señor MIGUEL ROBERTO SEDANO BARBOSA en su calidad de cónyuge supérstite?

PREMISAS NORMATIVAS

Teniendo en cuenta la fecha de fallecimiento del causante, 10 de octubre de 2006 (folio 10), la norma que gobierna la sustitución pensional reclamada es el artículo 13 de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la ley 100 de 1993, según el cual:



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

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

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente...”.

Tiene en cuenta la Sala además las sentencias SL 1399 de 2018 con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo y SL 5260 de 2021 con ponencia del Magistrado Omar Ángel Mejía Amador.

PREMISAS FÁCTICAS

No es objeto de discusión en esta instancia procesal que al señor MIGUEL ROBERTO SEDANO BARBOSA le fue reconocida una pensión de vejez por parte del ISS a partir del 17 de mayo de 2003, que contrajo matrimonio católico con la señora MARÍA EMID MEJÍA el 04 de enero de 1969 y que falleció el 10 de octubre de 2006. Igualmente, se encuentra demostrado que mediante Resolución No. 695 del 19 de febrero de 2007 el ISS sustituyó la pensión del causante a favor de SANDRA CECILIA CABRERA PEÑA en un 50% en su condición de compañera permanente y a los hijos menores de edad PAULA ANDREA y MIGUEL ÁNGEL SEDANO CABRERA en el otro 50% y así mismo, que mediante resolución No. 0030642 del 16 de julio de 2007 se negó la sustitución pensional reclamada por la aquí demandante MARÍA EMID MEJÍA DE SEDANO.

Al expediente se aportó copia del proceso de cesación de los efectos civiles del matrimonio católico interpuesto por el señor MIGUEL ROBERTO SEDANO BARBOSA (q.e.p.d.) en contra de MARÍA EMID MEJÍA DE SEDANO de conocimiento del Juzgado Primero de Familia en Oralidad de Bogotá, con el cual el causante pretendió el decreto del divorcio entre los cónyuges para cesar los efectos civiles del matrimonio católico, petición sustentada en que contrajo matrimonio el 04 de enero de 1969, que su cónyuge en forma unilateral decidió separarse de cuerpos al haberlo despojado de su hogar, de sus pertenencias personales y por consiguiente al no darle acceso a su propia residencia. A su turno, en la contestación de la demanda, la señora MARÍA EMID MEJÍA DE SEDANO manifestó que fue el demandante, el señor SEDANO BARBOSA quien se fue del hogar sin mediar



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

explicación. Luego de haberse surtido el debate probatorio, el Juez Primero de Familia NEGÓ las pretensiones del actor (folios 234 a 375).

En dicho trámite el Juez de conocimiento recibió los testimonios de MARCIA EMYTH y MAYERLY SEDANO MEJÍA, hijas de la aquí demandante y del causante, en cuya oportunidad, la primera de ellas manifestó que sus padres tuvieron un matrimonio de 30 a 33 años en el que siempre hubo una buena relación mientras su padre se encontraba en sano juicio, porque tomaba mucho y eso ocasionaba disturbios familiares por el alcohol, además precisó que sus padres no convivían desde hacía unos dos años a partir de una discusión en la cual su progenitor decidió irse del hogar y nunca más volvió. A su vez MAYERLY SEDANO MEJÍA manifestó que sus padres estaban separados hacía más o menos un año y medio.

Por otra parte, obran a folios 110 al 182 del plenario, copias del proceso de cesación de efectos civiles con radicado 2005 - 703 instaurado por el causante MIGUEL SEDANO BARBOSA en contra de MARÍA EMID MEJIA DE SEDANO de conocimiento del Juzgado 22 de Familia de Bogotá, en cuya demanda y mediante apoderado judicial, el causante manifestó que había estado separado de hecho de su esposa MARÍA EMID MEJÍA DE SEDANO desde el mes de junio de 2002, por lo que solicitó se declarara la cesación de los efectos civiles o divorcio del matrimonio católico celebrado el 1° de abril de 1969, que se decretara la disolución de la sociedad conyugal y se declarara en estado de liquidación. Por su parte, en la contestación de la demanda, la señora MARIA EMID SEDANO DE MEJÍA por intermedio de su representante judicial refirió que en efecto se separó de hecho del causante, pero que ello ocurrió desde el mes de febrero de 2003 y tampoco se opuso a las pretensiones formuladas en la referida demanda.

En el trámite de dicho proceso se celebró audiencia de conciliación el 10 de octubre de 2006, en cuya acta se consignó que las partes: *“manifiestan su deseo de divorciarse y para el efecto llegan al siguiente acuerdo, PRIMERO: Que se decrete la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico. SEGUNDO: Que se decrete la disolución de la sociedad conyugal formada por ellos por el hecho de su*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

matrimonio, y se ordene su liquidación. TERCERO: Que se oficie a las autoridades respectivas para que se inscriba esta sentencia..." Además, quedó consignado en el acta que el señor MIGUEL ROBERTO SEDANO BARBOSA presentó síntomas de un paro cardiorrespiratorio, se suspendió la diligencia y habiendo transcurrido un tiempo prudencial de una hora falleció. Posteriormente, en auto del 03 de noviembre de 2006 se ordenó la terminación del proceso por la muerte del demandante y el levantamiento de medidas cautelares.

Sumado a lo anterior obra dentro del Cd de folio 408, expediente administrativo del causante aportado por COLPENSIONES en cuyo contenido se evidencia la investigación administrativa adelantada por el extinto ISS respecto de la sustitución pensional solicitada por la señora MARÍA EMID MEJÍA DE SEDANO, en virtud de la cual se llevó a cabo diligencia de declaración el 26 de junio de 2007, oportunidad en la cual la demandante manifestó en un primer momento que convivió con su cónyuge desde la fecha del matrimonio hasta el fallecimiento, pero luego de ponerse de presente una declaración extra juicio rendida por ella, indicó que la separación no fue en 2003 como se consignó en ese documento, sino a partir del año 1999 y que tal aclaración la efectuaba por cuanto un abogado le dijo en aquella oportunidad que señalara la fecha que quedó consignada.

Igualmente, reposa dentro del expediente administrativo la referida acta de declaración con fines extraprocesales de fecha 17 de noviembre de 2006 rendida por la señora MARÍA EMID MEJÍA ante la Notaria 53 del Circuito de Bogotá, por medio de la cual señaló que vivió con el causante desde el 04 de enero de 1969 hasta el mes de febrero del año 2003, que en esa época se separaron de cuerpos pero que sostenían una relación marital esporádica hasta el momento de su deceso.

Ahora bien, en el trámite de primera instancia en el proceso que ocupa la atención de la Sala, rindió interrogatorio de parte la señora MARÍA EMID, quien manifestó que convivió con el causante desde la fecha del matrimonio hasta su fallecimiento ocurrido un día diez (10), sin que recuerde exactamente la fecha. Al indagársele por qué ante la Notaria 53 del Circuito de Bogotá señaló que la convivencia con su



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

cónyuge se extendió hasta febrero de 2003 y por qué en la declaración rendida en el ISS aclaró que la convivencia se extendió hasta 1999, indicó que no sabía por qué se escribiría tal afirmación en la Notaria, además mencionó que el señor HUGO DIAZ funcionario de COLPENSIONES le dijo que si le regalaba siete años a la señora SANDRA CECILIA CABRERA le salía la pensión y esa manifestación la llevó a firmar.

Sobre el particular, relató que el día en que el funcionario HUGO DÍAZ la abordó asistió a las instalaciones de la entidad previo a citación para rendir diligencia, una vez arribó al lugar el señor HUGO DÍAZ le indicó que su hija no podía entrar, luego le informó que el trámite de la pensión estaba demorado, pero que sí ella le regalaba unos años a la compañera permanente quien tenía unos hijos menores le salía más rápido la pensión, exigencia que según su dicho no le pareció rara.

La actora fue indagada igualmente del por qué en la contestación de la demanda que presentó ante el juzgado de Familia indicó que tuvo una convivencia con el causante hasta el mes de febrero de 2002, frente a lo cual manifestó que su cónyuge en la audiencia de conciliación le decía que lo ayudara con eso, que él quería separarse, ante tal manifestación se reiteró la pregunta por no concordar su respuesta con lo cuestionado, dado que se trataba de dos momentos procesales diferentes, a lo cual mencionó que no creía haber dicho tal afirmación, que fue mal manejado por el abogado a quien como no tenía dinero para pagarle, le manifestó que no necesitaba un abogado y dejó de lado el proceso.

Relató haber conocido a la señora SANDRA CECILIA CABRERA y sus hijos solamente después del fallecimiento de su cónyuge, que el señor MIGUEL ROBERTO SEDANO era músico y por tal motivo se ausentaba de la casa, además de que tenía un galpón de pollos en Santander, se iba unos dos o tres días, iba y volvía. De otro lado aseguró que a ella y a sus hijas no les permitieron reclamar el cadáver ni realizar las exequias de su cónyuge, pues aseguró que no tenía buena relación con algunos de sus familiares.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Por otra parte manifestó que ella y su cónyuge vivieron en Plazuelas del Hipódromo 2, en la carrera 70 No. 2- 20 sur, en el apartamento de su hija y que desconocía porque el causante suministró otra dirección en la demanda de divorcio.

Adicionalmente, se escucharon los testimonios de las hijas de la demandante, las señoras MAYERLY SEDANO MEJÍA y MARCIA EMYTH SEDANO MEJÍA, quienes manifestaron de manera uniforme y concordante que sus padres los señores MARÍA EMID MEJÍA DE SEDANO y MIGUEL ROBERTO SEDANO BARBOSA convivieron juntos hasta la muerte del segundo, que la convivencia era intermitente, pues su padre se iba dos o tres días de la casa y siempre volvía, concretamente, la señora MAYERLY SEDANO relató que sus progenitores tuvieron una convivencia normal, que siempre estuvieron juntos pero que en el último año de vida de su padre o un poco más, él decía que tenía que cuidar unos pollos, razón por la cual "siempre estuvo yendo y viniendo". Aseguró que sus padres vivieron en la dirección Carrera 70 C No. 2 – 20 Sur Plazoletas del Hipódromo 2. En otro punto, se le indagó porqué a pesar de manifestar que la convivencia era normal, su padre decidió instaurar demanda de divorcio, frente a lo cual contestó que su progenitor a veces opinaba cosas, decía que regresaba y volvía, se ausentaba dos o tres días, pero que desconocía el motivo real del divorcio pues nunca manifestó realmente por qué lo hizo.

Respecto a lo ocurrido el día del deceso del señor MIGUEL ROBERTO SEDANO BARBOSA, los trámites para la entrega del cuerpo, trámites funerarios y demás, manifestó que el señor del CTI les informó que había una señora que reclamaba la documentación del difunto a quien le indicó que debía entregarse al primer lazo consanguíneo, es decir a ella como hija del causante, momento en el cual se enteró de que su padre tenía otra relación. Refirió que desde ese momento les quitaron toda la potestad para hacer las vueltas, no les dejaron hacer nada, les informaron que ya todo estaba listo, que ya habían reclamado el cuerpo y no les informaron absolutamente nada y fue por sus propios medios que tuvieron conocimiento del lugar de velación. Frente a dicha situación aseguró que no tomaron ningún tipo de acción porque eran una familia donde cabe la educación, que en esos momentos



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

estaban con el dolor y no tenían ganas de discutir, por lo que solo acudieron al velorio donde se les trató como si no fueran familiares del causante. Aclaró que fue la misma familia la que no les permitió intervenir luego de la muerte de su padre, concretamente su tío Armando, quien fue la persona encargada de hacer los trámites en medicina legal. Aseguró que la relación con la familia de su padre no fue buena. Respecto del trámite de la pensión adelantado en el ISS, indicó que dicha entidad citó a su madre a una oficina del seguro social donde el funcionario HUGO DIAZ en la diligencia le informó a MARIA EMID que la pensión tenía problemas y lo que podía hacer era firmar un documento donde avalaba unos tiempos con una señora porque había unos niños que requerían de cuidado. Mencionó que cuando el funcionario le comunicó eso a su madre a ella, la sacaron del recinto, luego la demandante salió y le dijo que la habían hecho firmar, se devolvieron a solicitar copias, pero les informaron que no había y que no se preocuparan que de esa manera les iba a salir la pensión.

Al indagar respecto de la manifestación que hizo en el Juzgado de Familia en torno a que sus padres estaban separados desde febrero de 2002, indicó que aproximadamente un año y medio antes de la muerte de su padre, él iba y venía, siempre regresaba a la casa. Así mismo se le puso de presente lo dicho por ella en dicho trámite procesal correspondiente a que sus padres tuvieron una pelea, donde el señor MIGUEL ROBERTO agarró del pelo a su madre, punto sobre el cual manifestó que después de ese episodio su progenitor si duró varios días en volver al hogar, se reconciliaron y continuaron juntos.

La testigo MARCIA EMYTH SEDANO MEJÍA, mencionó que sus padres vivieron durante 37 años juntos, que la convivencia fue buena como cualquier familia y el núcleo familiar estaba compuesto por cuatro personas. Mencionó que ella se casó en el año 2000, anualidad en la que convivió en la casa de su esposo en el barrio Madelena. Aseguró que su padre vivió todo el tiempo con su madre, un tiempo estuvieron en casa de su hermana cuando su cuñado estuvo de viaje, aproximadamente desde el 2004, sin embargo, aclaró que no se acordaba muy bien de la fecha, pero que al momento del fallecimiento del causante, vivían en el



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

apartamento de su hermana. Manifestó que antes de irse a la casa de su hermana, sus padres convivieron en una casa que tenían en el norte, en Bosque de Britalia, luego se fueron a Plaza de las Américas y Plazuela del Hipódromo 2. Se le indagó a la testigo por qué si la convivencia de sus padres era tan amena, el causante intentó en dos oportunidades adelantar demanda de divorcio en contra de su madre, a lo cual contestó que nunca presenció una situación de roce importante entre ellos que de pronto ameritara una situación como la que se presentó. Aclaró que sí había días en que su padre no llegaba a la casa, pues tenía una vida bohemia, era artista, le gustaba el canto, era santandereano y como tal se dedicaba a dar serenatas por lo que se quedaba por fuera del hogar o de pronto no iba, decía que iba a Santander, situación que no era extraña y que de pronto generó roces entre los padres, porque además también mostraba en ocasiones cierta irresponsabilidad en pagos, pero básicamente nunca presenció una discusión o pelea terrible. Manifestó que la actitud asumida por su madre luego de la primera demanda de divorcio, siempre fue conciliatoria buscando organizar las cosas, que se acuerda haber asistido a las citaciones incluida la conciliación que no se pudo terminar por el fallecimiento de su padre, punto en el que asentó que no pudieron hacer las diligencias tras su muerte porque se lo llevaron, se enteraron que tenía otra familia, que tenían hermanos, situación extraña y sorprendente, además que fue triste que no pudieran acercarse al momento del entierro y del velorio. Refirió que la familia de su padre vivía en La Española, donde ocasionalmente compartían con ellos, aunque después de haberse casado en el año 2000 ya no departía como antes, por sus ocupaciones como enfermera. Relató que tenían cercanía con algunos primos, hijos de los hermanos de su padre, pero que después que el causante falleció no tuvo más relación con ellos, incluso que su tío ARMANDO dio declaraciones dando a entender que la muerte de su padre ocurrió en circunstancias extrañas. Aseguró que entre sus padres no existió una separación y que en el proceso de familia su papá aseguró que su madre ya no cumplía con sus deberes como esposa, pues lógicamente en los momentos que su padre estaba ausente no podía cumplir porque tenían esos roces. Reiteró que en el último año de vida de su padre, éste no convivió permanentemente con su cónyuge porque tenía viajes y serenatas. Por último, señaló que las diligencias para el funeral de su padre las adelantó la otra familia,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

que ellas no lo hicieron a pesar de estar pendientes, pues se lo llevaron a medicina legal, les informaron que no podían hacer nada y que por ese lado se encargaban, situación que concretamente les comunicó su primo ROBERTO SEDANO, persona que fue la encargada de informarles donde fue la velación y de mediar entre las dos familias.

Finalmente, se escuchó el testimonio de ARMANDO SEDANO BARBOSA, hermano del causante, quien aseguró que él se separó de su esposa, la señora MARIA EMID en el año 1999 porque su hermano estuvo con él en un cumpleaños toda la noche, cuando regresó a su casa, la señora MARÍA EMID no lo dejó ingresar a la vivienda y desde entonces se separaron, que en dicha oportunidad el causante se fue a vivir a la casa de su madre y luego con SANDRA CABRERA en el mismo año 1999. Aseguró que visitaba con bastante frecuencia a su hermano, semanalmente o cada quince días y que nunca volvió a la casa con MARÍA EMID y no vivió nuevamente con ella, además, que las diligencias para la velación del causante se adelantaron por SANDRA CABRERA, quien compró el lote para el entierro. Afirmó que no le entregaron el cuerpo a EMID ni a sus hijas porque ellas no lo reclamaron. Aseguró que todo lo dicho por la señora MARÍA EMID MEJÍA respecto de la continuidad de la convivencia hasta el fallecimiento de su esposo es falso porque desde el día que su hermano se fue de la casa, jamás volvió a estar con ella, toda vez que fue de muy mala forma en la que lo echaron de su hogar.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, advierte esta colegiatura que en efecto, tal como lo precisó la juez de primera instancia, en el presente asunto no se acreditó la convivencia entre la señora MARÍA EMID MEJÍA y el causante MIGUEL ROBERTO SEDANO BARBOSA hasta la fecha de su fallecimiento, pues si bien la demandante y sus hijas, escuchadas como testigos en el presente proceso manifestaron de manera uniforme que dicha convivencia se extendió hasta el último día de vida del causante, quien se iba dos o tres días de la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

casa y luego volvía, lo cierto es que sus declaraciones son completamente contradictorias con los demás elementos de prueba arrimados al plenario e incongruentes con lo expuesto por ellas mismas en otros escenarios judiciales, concretamente ante el Juzgado Primero de Familia de Bogotá en el que se adelantó el proceso de cesación de efectos civiles del matrimonio católico promovido por el señor MIGUEL ROBERTO SEDANO BARBOSA en contra de su cónyuge.

Es así que las señoras MARCIA EMYTH y MAYERLY SEDANO MEJÍA declararon ante el Juzgado Primero de Familia que sus padres se encontraban separados de hecho desde hacía aproximadamente dos años, diligencia que se surtió en el mes de julio de 2004, lo que permite colegir que la separación ocurrió desde el año 2002, sin embargo, ante este estrado judicial expusieron situaciones completamente diferentes y nada coincidentes, pues aseguraron que su padre siempre volvía y que solo se ausentaba uno o dos días. Además de eso, la propia demandante declaró dentro del proceso a que se ha hecho referencia, que la separación de hecho con su cónyuge tuvo lugar en el año 2003 misma manifestación que efectuó bajo la gravedad de juramento ante la Notaria 53 del Círculo de Bogotá, mientras que dentro de la declaración surtida ante el extinto Instituto de Seguros Sociales afirmó que la convivencia con el causante se extendió hasta el año 1999, es decir que la actora ante las diferentes autoridades judiciales y administrativas, siempre suministró fechas distintas en las que dijo ocurrió la separación definitiva de su cónyuge, pero varió totalmente su versión dentro del presente proceso ordinario laboral al afirmar que la convivencia sí se extendió hasta la fecha de la muerte del causante, afirmación que claramente no merece credibilidad alguna, máxime cuando la misma demandante ha afirmado que las manifestaciones efectuadas con anterioridad las hizo porque su abogado o el funcionario de Colpensiones le indicaban qué era lo que tenía que decir.

Las contradicciones puestas de presente tanto de la demandante como de sus hijas en los trámites administrativos y jurisdiccionales referidos en líneas anteriores, restan credibilidad a sus declaraciones e impide tenerlas como fuentes de la verdad.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

De igual manera, conforme al testimonio del señor ARMANDO SEDANO BARBOSA, su hermano, el causante, se separó de la señora MARÍA EMID en el año 1999 anualidad a partir de la cual nunca más convivió con su esposa, como consecuencia de una discusión por la que no lo dejaron ingresar a su vivienda, situación que se acompasa con las declaraciones efectuadas por los testigos dentro del proceso de familia, en lo que tiene que ver con la existencia de una separación y la discusión que dio lugar a la misma, independientemente de la anualidad en cual ocurrió, que pudo ser entre 1999 a 2002, según las diferentes versiones, pero lo cierto es que con base en el estudio integral de las pruebas, dicha separación sí ocurrió y, por tanto no está demostrada la convivencia en los cinco años anteriores a la muerte del causante tal como lo concluyó la a quo.

No obstante lo anterior, en consonancia con lo señalado por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, entre otras, en las sentencias que se toman como premisas normativas, de encontrarse demostrado que el vínculo entre la señora MARÍA EMID y don MIGUEL ROBERTO subsistió hasta la fecha de su fallecimiento y que la pareja convivió por lo menos 5 años en cualquier época, la demandante mantendría el derecho a una porción de la sustitución pensional en proporción al tiempo de convivencia con el causante.

En torno al primer aspecto, esto es a que se haya mantenido el vínculo de la señora MEJÍA DE SEDANO como cónyuge del señor MIGUEL ROBERTO SEDANO, no desconoce la Sala que existen indicios que permiten advertir que la voluntad o el deseo de los cónyuges era el divorcio o la cesación de los efectos civiles del matrimonio, no obstante, no por esa voluntad o ese deseo puede desconocerse que el vínculo conyugal permaneció latente, siguió vigente, pues esa voluntad nunca se materializó, no hubo una sentencia del juez de familia que ordenara la cesación de los efectos civiles del matrimonio y que posteriormente se inscribiera en el registro civil de matrimonio ni en el primero ni en el segundo de los procesos adelantados y en éste último tampoco existió una conciliación entre las partes en ese sentido como quedó explicado, por el contrario, la pareja siguió casada y su lazo conyugal solo desapareció con el fallecimiento del señor MIGUEL ROBERTO SEDANO



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

BARBOSA el 10 de octubre de 2006 y por más sui generis y especial que resultara el caso, la juzgadora de primera instancia no podía desconocer que el vínculo conyugal existía lo que, en principio, daría derecho a la cónyuge a la sustitución pensional, máxime si se tiene en cuenta que la ayuda espiritual, solidaridad y acompañamiento que implican la convivencia o los lazos afectivos, no deben acreditarse después de la separación de hecho de los cónyuges como parece entenderlo la a quo, tal como lo explicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 5260-2021 en la que al analizar el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 explicó: *“...en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes» para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.º del literal b). Nótese que en el texto de la aludida disposición se hace referencia es a que, en ese caso, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido...”*.

En cuanto al requisito de la convivencia, advierte la Sala que esta también se demostró desde el 4 de enero de 1969 data en que la pareja contrajo matrimonio hasta por lo menos el año 1999, atendiendo a lo expuesto por el testigo ARMANDO SEDANO BARBOSA quien recordó el momento exacto de la separación que fue consecuencia de haber estado en un cumpleaños toda la noche él y su hermano, y que cuando regresó a su casa, la señora MARÍA EMID no lo dejó ingresar, indicó que el causante se fue a vivir a la casa de su madre y luego con SANDRA CABRERA en el mismo año 1999, manifestaciones que, como se indicó, se acompañan con las declaraciones efectuadas por las otras testigos en el proceso de familia y con lo expuesto por el mismo cónyuge allí demandante, en lo que tiene que ver con la existencia de una separación y la discusión que dio lugar a la misma, por lo que se tiene por demostrado que los señores MARÍA EMID MEJÍA DE SEDANO y MIGUEL ROBERTO SEDANO BARBOSA convivieron por un tiempo aproximado de 30 años, razón por la cual, resulta diáfano concluir que a la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

promotora de la litis le asiste el derecho al reconocimiento de la sustitución pensional en proporción al tiempo de convivencia con el causante.

Corolario de lo anterior, debe también concluirse que el porcentaje que corresponde a la compañera permanente SANDRA CECILIA CABRERA PEÑA debe ser proporcional al tiempo de convivencia con el causante que, según su propio dicho en el interrogatorio de parte inició en el mes de febrero del año 2000, lo cual coincide con la declaración del hermano del causante que aunque se refirió al año 1999, explicó que esa convivencia inició después de la separación de los cónyuges y luego que el señor MIGUEL ROBERTO viviera un tiempo en la casa de su mamá; tal convivencia se prolongó hasta la fecha de fallecimiento del señor MIGUEL ROBERTO SEDANO BARBOSA, lo cual encontró acreditado COLPENSIONES en el trámite administrativo y no fue objeto de controversia en el proceso.

Así las cosas, el tiempo de convivencia del causante con la señora MARÍA EMID MEJÍA DE SEDANO fue de 30 años y con la señora SANDRA CECILIA CABRERA PEÑA fue de 6 años, 7 meses y 10 días, por lo que se asignarán los porcentajes de la pensión de sobrevivientes que en vida devengaba el señor MIGUEL ROBERTO SEDANO BARBOSA, en proporción al tiempo de convivencia con cada una, esto es, el 40,97% a la cónyuge MARIA EMID MEJÍA DE SEDANO y el 9,03% a la compañera permanente SANDRA CECILIA CABRERA PEÑA, los cuales se acrecentarán en la misma proporción, una vez desaparezca el derecho de los menores hijos.

Prescripción

Como quiera que Colpensiones propuso la excepción de prescripción se procede a su estudio, advirtiéndose que el fallecimiento del causante ocurrió el 10 de octubre de 2006, la señora MARÍA EMID MEJÍA DE SEDANO presentó la solicitud pensional el 07 de marzo de 2007, que le fue negada mediante resolución No. 003642 del 16 de julio del mismo año y la demanda se radicó hasta el 12 de mayo de 2016 cuando ya se había superado ampliamente el término trienal de que tratan los artículos 488



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

del C.S.T. y 151 del C.P.T y de la .S.S., razón por la cual, las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 1 de mayo de 2013 se encuentran prescritas, fecha que tiene en cuenta además de la presentación de la demanda, que las pensiones se pagan por mensualidades vencidas, como lo ha señalado nuestro órgano de cierre en sentencias como la SL 1011 de 2021.

Indexación

Teniendo en cuenta que la actora solicitó la indexación de las sumas adeudadas hay lugar a su reconocimiento frente a cada una de las mesadas debidas, para lo cual se tiene en cuenta la sentencia SL 359 del 3 de febrero de 2021, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo en donde se dejó por sentado que *“...la indexación no aumenta o incrementa las condenas, sino, más bien, garantiza el pago completo e íntegro de la obligación. Sin la indexación, las condenas serían deficitarias y el deudor recibiría un menor valor del que en realidad se le adeuda...”*

Finalmente, en cuanto al pago 50% de la sustitución pensional a la señora SANDRA CECILIA CABRERA PEÑA que demostró COLPENSIONES que ha realizado, se le indica que podrá repetir contra ella por las sumas de dinero indebidamente canceladas, pues debió suspender el pago de la prestación económica una vez presentó su reclamación la señora MARÍA EMID MEJÍA DE SEDANO el 7 de marzo de 2007, cuando advirtió de un conflicto entre posibles beneficiarias, tal como lo ordena el artículo 34 del acuerdo 049 de 1990 según el cual:

“...Cuando se presente una controversia entre los pretendidos beneficiarios de las prestaciones, se suspenderá el trámite de la prestación hasta tanto se decida judicialmente por medio de sentencia ejecutoriada a qué persona o personas corresponde el derecho...”

Situación similar a la ocurrida en el caso que nos ocupa fue analizada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4099 del



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

22 de marzo de 2017 con ponencia del Magistrado Rigoberto Echeverri Bueno en los siguientes términos:

“...Para rechazar los argumentos del recurso de apelación de la entidad demandada, el Tribunal hizo suyas las consideraciones del juzgador de primer grado y concluyó que Foncolpuertos podía repetir contra la persona a la que le había pagado la pensión y que «...no es viable que la parte demandante sufra y asuma las falencias de terceros, menos aún, restarle valor al derecho suficientemente demostrado de sustituir en la pensión a su compañero permanente desde la fecha de fallecimiento.»

De allí que la censura parte de un supuesto falso, al decir que el Tribunal determinó que la entidad demandada debía perder los dineros ya cancelados, pues lo que advirtió fue que la administración debía perseguirlos, repitiendo contra la persona a la que le había pagado. Tampoco controvierte la censura la inferencia con arreglo a la cual la demandante no podía sufrir las consecuencias de la conducta de la entidad demandada, pues había reclamado a tiempo su pensión de sobrevivientes, acreditando su condición de compañera permanente y la convivencia por el término establecido legalmente.

Además de lo anterior, a pesar de que las pruebas calificadas que menciona la censura puedan dar cuenta de que la señora Amparo Valencia de Guerrero tenía la condición de cónyuge, inscrita en los registros de la entidad demandada, que es lo que se reclama en el cargo, lo cierto es que, como lo determinó el juzgador de primer grado, cuyas consideraciones hizo suyas el Tribunal, a partir de documentos como los de folios 306 y 311 a 313, radicados pocos meses después del fallecimiento del pensionado, se podía determinar que la señora Lourdes María Jiménez Conrado también reclamó la pensión administrativamente y aportó pruebas de su convivencia con el pensionado, no obstante lo cual la entidad actuó de manera «ligera», al no acudir a la potestad que le confería la ley de dejar en suspenso el reconocimiento de la pensión hasta tanto la justicia ordinaria definiera quién tenía mejor derecho a ella.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Por lo mismo, pese a advertir la existencia de otro posible beneficiario, con pruebas plausibles que soportaban su reclamo, la entidad mantuvo su decisión de reconocer la pensión a la cónyuge, de manera que no es cierto que hubiera actuado con buena fe exenta de culpa y, en esa medida, la conclusión jurídicamente razonable no era otra diferente a la del Tribunal, de que la conducta de la administración no podía afectar el derecho de la verdadera beneficiaria y era su responsabilidad perseguir los dineros que pagó sin que hubiera causa para ello...”.

En consecuencia de lo expuesto y como quiera que la demandante acreditó su condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor MIGUEL ROBERTO SEDANO BARBOSA en calidad de cónyuge supérstite, se REVOCARÁ la decisión impugnada, para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, se declarará parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las de buena fe e inexistencia del derecho y de la obligación formuladas por COLPENSIONES.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera se revocan y estarán a cargo de COLPENSIONES y a favor de la demandante.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 27 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** que



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

la señora MARÍA EMID MEJÍA DE SEDANO tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión que en vida devengó su cónyuge MIGUEL ROBERTO SEDANO BARBOSA, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a sustituir la pensión que en vida devengaba el señor MIGUEL ROBERTO SEDANO BARBOSA en un 40,97% a la cónyuge MARIA EMID MEJÍA DE SEDANO y en un 9,03% a la compañera permanente SANDRA CECILIA CABRERA PEÑA, a partir del 10 de octubre de 2006, porcentajes que se acrecentarán en la misma proporción, una vez desaparezca el derecho de los menores hijos conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a REPETIR contra la señora SANDRA CECILIA CABRERA PEÑA por las sumas de dinero indebidamente canceladas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR PRESCRITAS las mesadas pensionales de la señora MARÍA EMID MEJÍA DE SEDANO causadas desde el 10 de octubre de 2006 hasta el 30 de abril de 2013, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a indexar las mesadas pensionales adeudadas a la demandante MARIA EMID MEJÍA DE SEDANO desde cuando cada una se hizo exigible, hasta cuando el pago de la obligación se efectúe.

SEXTO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción y no probadas las de buena fe e inexistencia del derecho y de la obligación formuladas por COLPENSIONES, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

SEPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia se revocan y quedan a cargo de COLPENSIONES y a favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

Salvo Voto Parcial

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 23 2019 00529 01
Demandante: MARTHA ELENA TIBADUIZA MARTÍNEZ
Demandado: COLPENSIONES y PROTECCIÓN
Magistrado Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de PROTECCIÓN al abogado MIGUEL ANTONIO CUBILLOS SANABRIA identificado con C.C. No. 79'888.466 y T.P. No. 279.018 del C.S. de la J., conforme al memorial de sustitución aportado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., así como a conocer en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 10 de febrero de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora MARTHA ELENA TIBADUIZA MARTÍNEZ formuló demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral de primera instancia, se declare la nulidad de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada el 18 de agosto de 1999 a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y, como consecuencia, se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación al régimen de prima media y actualizar su historia laboral y a PROTECCIÓN a devolver todas las sumas de dinero que registren en la cuenta de ahorro individual de la demandante que consisten en bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc. La demanda se reformó para incluir como pretensión en contra de COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los parámetros del artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante refirió que nació el 14 de febrero de 1961, cotizó al Instituto de Seguros Sociales un total de 498 semanas, el 18 de agosto de 1999 se afilió a la AFP PROTECCIÓN S.A. que no le informó las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, las ventajas y desventajas de uno y otro, ni le indicó los distintos escenarios comparativos entre ellos. Indicó que durante su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual nunca recibió asesoría profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional y que cuando decidió contratar por su cuenta una asesoría particular, se dio cuenta que fue engañada por PROTECCIÓN S.A. para afiliarse al RAIS la cual generó un conocimiento falso de la realidad.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida y notificada la demanda, COLPENSIONES la contestó oponiéndose a las pretensiones, pues la afiliación de la demandante fue válida y cuenta con el soporte de la firma del formulario de afiliación y las cotizaciones efectuadas por la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

demandante de manera libre, espontánea y voluntaria, además que no se demuestra en el expediente el vicio del consentimiento alegado por la actora. Se opuso además a la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión de vejez por cuanto la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A. haciéndose imposible tenerla como afiliada al RPM pues tal situación contravendría no solo disposiciones de carácter legal sino también se encontraría en contravención del PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por COLPENSIONES. Formuló como excepciones las de cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de COLPENSIONES, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero y calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado.

PROTECCIÓN S.A. por su parte se opuso a las pretensiones de la demanda toda vez que dentro del formulario de solicitud de vinculación la actora suscribió el aparte denominado *voluntad de selección y afiliación de acuerdo con el decreto 692 de 1994, artículo 11*. Sumado a ello los asesores de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN fueron diligentes al brindar información verbal a la accionante respecto a las diferencias entre el RPM y el RAIS en lo que concierne a la modalidad pensional, el cambio de la mesada pensional y demás aspectos relevantes para que la actora de manera libre y voluntaria una vez estuviera bien informada, adoptara su decisión de suscribir el formulario de afiliación. Aunado a ello no se advierte algún error, dolo o fuerza que vicie el consentimiento de la actora, ni engaño en su buena fe. Formuló como excepciones las que denominó 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 S.A., inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y prescripción.

Las demandadas se opusieron también a la pretensión incluida en la reforma de la demanda, con los mismos argumentos de la contestación de la demanda inicial.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 10 de febrero de 2021 DECLARÓ la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARTHA ELENA TIBADUIZA MARTÍNEZ y CONDENÓ a PROTECCIÓN a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto. Declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y la condenó al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con la ley 797 de 2003 en cuantía de \$2'022.036 a partir del 1º de septiembre de 2019 en 13 mesadas al año. Para así decidir, señaló el a quo que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual no aportó prueba suficiente que acreditara que suministró la información clara, suficiente, veraz, necesaria y relevante para el traslado y, en virtud de la inversión de la carga de la prueba, era a ella a quien le correspondía demostrarlo, pues no se trataba solo de suscribir el documento ni adherirse a la cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada respecto de los dos regímenes pensionales. En cuanto al reconocimiento pensional, señaló el sentenciador que como quiera que la demandante cumplió 57 años de edad el 14 de febrero de 2018, cotizó 1.685,57 semanas y efectuó su última cotización al sistema general de pensiones para el ciclo de agosto de 2019, tiene derecho a la pensión que reclama desde el 1º de septiembre de 2019.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

5. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de PROTECCIÓN S.A. la apeló en lo que tiene que ver con la devolución de gastos de administración y pago de pólizas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes contratados por la demandada, por tratarse de la comisión que cobran las administradoras por administrar las cuentas de ahorro individual, que tiene sus sustento legal en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7° de la ley 797 de 2003. De manera que al ordenarse a PROTECCIÓN devolver los gastos de administración, se constituye un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante al recibir unos rendimientos generados por la buena administración de la administradora, sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión adelantada, en detrimento del patrimonio de PROTECCIÓN, lo cual privilegia sin justificación a la demandante.

COLPENSIONES a su turno solicitó que se revoque la decisión apelada por cuanto en este caso no existe expectativa legítima para la demandante porque había cotizado menos de 750 semanas al momento del traslado – 498 con el Instituto de Seguros Sociales – y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión de vejez. Argumentó que la demandante ya está inmersa en la prohibición de traslado prevista por la ley 100 de 1993 y por la ley 797 de 2003 y tampoco es beneficiaria del régimen de transición por semanas, por lo que no le son aplicables las sentencias SU de la Corte Constitucional. Que la simple manifestación de inconformidad con la mesada pensional que va a recibir en el RAIS con la que recibiría en el RPMPD, por sí sola no constituye prueba de que cuando realizó el traslado, lo haya hecho movida por el engaño o por una equivocada información suministrada por PROTECCIÓN, máxime si se tiene en cuenta que para el año 1999 las administradoras del RAIS solo tenían obligación de brindar información de las condiciones del traslado y, por ende, no hay lugar a declarar una ineficacia, pues lo que existió fue desinterés y descuido de la demandante respecto de su



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

situación pensional, por lo que decidió seguir cotizando libre y voluntariamente al RAIS durante más de 20 años. De llegarse a confirmar la condena, solicita que la misma no incluya el valor del retroactivo pensional, pues solo puede responder por la obligación pensional, una vez sean trasladados los recursos del RAIS.

La sentencia también se conoce en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA por haber sido adversa a una entidad pública en la que la Nación es garante como es COLPENSIONES, conforme el artículo 69 del CPT y SS.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y las partes formularon alegatos de conclusión en el término legal, los cuales obran por escrito dentro del expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse INEFICAZ el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado la señora MARTHA ELENA TIBADUIZA MARTÍNEZ, por ende, deben trasladarse los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual en PROTECCIÓN S.A., al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES?



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PREMISAS NORMATIVAS

Sentencia 31989 de la Sala de Casación Laboral de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA del 09 de septiembre de 2008, con ponencia del Magistrado EDUARDO LOPEZ VILLEGAS.

Sentencia 33083 del 22 de noviembre de 2011, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 19447 de 2017 con ponencia del magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, con ponencia del Magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 3464 del 14 de agosto de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1467 del 21 de abril de 2021, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que la demandante estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES desde el 1º de marzo de 1980 hasta el 30 de septiembre de 1999, conforme reporte de semanas de cotización de folios 111 al 114, que se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A. con la suscripción del formulario de afiliación el día 18 de agosto de 1999 (folio 132) y, desde el 1º de octubre de 1999 ha estado afiliada a esa AFP, conforme la historia laboral de folios 133 al 152.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, a juicio de esta Sala, PROTECCIÓN S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a esa demandada y no a la demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. y que acoge la Sala de esta Corporación, pues 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, la única prueba con la cual la administradora demandada pretendió demostrar la debida información otorgada a la señora MARTHA ELENA TIBADUIZA MARTÍNEZ fue con la suscripción del formulario de afiliación que tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el que no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor, por lo que, en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que debía manifestar la demandante al trasladarse al RAIS, como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias tomadas como premisas normativas.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Se concluye entonces que PROTECCIÓN S.A. incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional y permanecer en él, por lo que además incumplió su deber de buen consejo y asesoría y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, obligación que, *es un deber exigible desde su creación* tal como lo ha aclarado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial que se toma como premisa normativa, *“...para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*

*En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014)...” (Sentencia SL 1688 – 2019).*

Ahora bien, la línea jurisprudencial frente al deber de información de las administradoras, la carga probatoria de ellas ante el afiliado lego que solicita el traslado y la obligación de que exista un consentimiento informado para tomar la decisión libre y voluntaria de trasladarse al RAIS, no sufre variaciones cuando se trata de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición o que no



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

tuvieran una expectativa de derecho pensional cuando solicitaron el traslado o un derecho adquirido a la pensión, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se deba contar con ello para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información sino que, por el contrario, la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

En ese orden, en el presente asunto el traslado de régimen resulta ineficaz y al ser la consecuencia que no produce efecto alguno, tampoco se aplica la prohibición de traslado entre regímenes si faltan menos de 10 años para obtener la edad para la pensión.

De otro lado y en punto al recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A., es dable precisar que, conforme a lo sentado por el máximo tribunal, en la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado, se deben incluir los descuentos efectuados por gastos de administración y comisiones así como los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 6464 – 2019 en los siguientes términos:

“2. Las consecuencias prácticas de la ineficacia

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

Ahora bien, como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él para dilucidar el problema planteado:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”.

Igualmente, en reciente sentencia SL1467-2021 se indicó que: *“...en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”*.

Así las cosas, resulta acertada la decisión del a quo al incluir en la condena los descuentos por gastos de administración, como consecuencia de la afiliación al RAIS, los cuales no pueden beneficiar a las administradoras, toda vez que, se reitera, el efecto de la ineficacia es que el acto jurídico de traslado desaparece y las cosas vuelven al estado inicial, de manera pues que no existe razón jurídica válida para que no se ordene su devolución a la verdadera administradora de pensiones a la que debió continuar afiliada la demandante de no haber sido por la omisión y el incumplimiento de las obligaciones de la AFP que debe asumir las consecuencias de tal conducta.

Corolario de lo anterior, advierte la Sala que la decisión adoptada en primera instancia no afecta el principio de la sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, pues como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2019:

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con el cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros”.

Quiere decir lo anterior que la AFP devolverá a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, independientemente de si ha cotizado a una administradora de pensiones pública o privada, debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación al RAIS nunca existió, por lo que la administradora actual de la demandante tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado al régimen de ahorro



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

individual que posea la accionante hasta que se haga efectivo el traslado, en los términos indicados con anterioridad.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción que se declaró no probada en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial.

En atención a lo expuesto, se ha de CONFIRMAR la decisión en lo que respecta a la declaratoria de la ineficacia con el consecuente traslado en los términos señalados en la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

¿Cumple la señora MARTHA ELENA TIBADUIZA MARTÍNEZ con los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de vejez establecida en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003?

PREMISAS FÁCTICAS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que la señora MARTHA ELENA TIBADUIZA MARTÍNEZ nació el 14 de febrero de 1961 por lo que cumplió los 57 años de edad el mismo día y mes del año 2018, que conforme al reporte de semanas cotizadas en pensiones de COLPENSIONES cuenta con un total de 499,71 semanas cotizadas entre el 1º de marzo de 1980 y el 30 de septiembre de 1999 (folios 111 al 114) y en la historia laboral de la AFP PROTECCIÓN se relaciona un total de 985,14 semanas desde el 1º de octubre de 1999 hasta agosto de 2019 (folios 133 al 151), para un total de 1.685,57 semanas cotizadas.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PREMISAS NORMATIVAS

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, al tenor literal establece:

“Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. 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”.

Artículo 34 ibidem modificado por el artículo 10º de la Ley 797 de 2003

“MONTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.”

CONCLUSIÓN



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

En atención a las anteriores premisas fácticas y normativas, es evidente que la promotora de la litis acredita los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, por contar con más de 57 años de edad y más de las 1.300 semanas cotizadas, por lo que resulta acertada la decisión del a quo de condenar a su reconocimiento conforme a lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003, a partir del 1º de septiembre de 2019, teniendo en cuenta que la última cotización la efectuó respecto del ciclo de agosto de 2019 como se indicó.

Ahora bien, tal como se evidencia en la liquidación anexa al proceso y que forma parte integral de la sentencia, el IBL con el promedio de los salarios devengados en toda la vida laboral de la demandante es de \$2'436.152,13 por lo que resulta más favorable el de los últimos 10 años que corresponde a \$2'715.298,61 y la tasa de reemplazo conforme al artículo 34 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la ley 797 de 2003 equivale al 74,36%, de manera pues que el monto de la mesada pensional para el año 2019 es de \$2'019.111,16 y no de \$2'022.036 por lo que deberá modificarse el numeral 4º de la sentencia consultada y su párrafo, pues el retroactivo pensional desde el 1º de septiembre de 2019 hasta el 31 de enero de 2021 es de \$39'471.016,81 y no de \$39'528.194 como lo calculó el a quo.

Asimismo, deberá extenderse la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, como lo dispone el inciso 2º del artículo 283 del C.G.P., por lo que se modificará el párrafo del numeral 4º de la sentencia consultada, en el sentido de señalar que se genera como retroactivo pensional a favor de la demandante la suma de \$69'524.500,81 desde el 1º de septiembre de 2019 hasta el 28 de febrero de 2022.

Basta simplemente señalar, en lo que tiene que ver con el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, que pese a que la entidad asumirá la deuda pensional desde que se trasladen los recursos del RAIS al RPMPD, como lo argumentó, se declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, se indicó que



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

las cosas vuelven al estado anterior y que la demandante está afiliada al régimen de prima media, por ende su derecho pensional nació a la vida jurídica al cumplimiento de los requisitos legales de edad y semanas de cotización y no desde que se haga efectivo el traslado de recursos, por ello no se puede desconocer el retroactivo pensional a que tiene derecho, y lo que no debe imponerse son intereses moratorios que, en efecto, no fueron objeto de condena en primera instancia, por lo que la decisión debe confirmarse.

Se CONDENa en COSTAS a PROTECCIÓN S.A. y a favor de la demandante en la suma de \$400.000 por concepto de agencias en derecho.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de febrero de 2021, en el sentido de señalar que la cuantía inicial de la pensión de vejez de la señora MARTHA ELENA TIBADUIZA MARTÍNEZ para el 1º de septiembre de 2019 es de \$2'019.111,16, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el párrafo del numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de febrero de 2021 en el sentido de indicar que el retroactivo pensional a favor de la demandante al 28 de febrero de 2022 es de \$69'524.500,81, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. en la suma de \$400.00 por concepto de agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 38 2019 00399 01
Demandante: JORGE ELIÉCER RODRIGUEZ LEÓN
Demandados: COLPENSIONES Y OTRO

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación del demandante al Doctor IVAN MAURICIO RESTREPO FAJARDO, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 71.688.624 de Medellín y Tarjeta Profesional No. 67.542 del C.S.J., quien reasume el poder inicialmente otorgado por el demandante.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El señor JORGE ELIÉCER RODRIGUEZ LEÓN interpuso demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

COLPENSIONES, con el fin que se condene a la entidad al pago de la mesada 14 a partir de junio de 2009, junto con los intereses moratorios y la indexación. La demanda se admitió asimismo contra la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones indicó el demandante que el Banco Central Hipotecario le reconoció pensión de vejez a partir del 12 de diciembre de 1996 en cuantía inicial de \$683.518,88. En el año 2003 el BCH conmutó las pensiones de jubilación de sus trabajadores con el ISS, por lo que mediante resolución 032294 del 29 de julio de 2008 la entidad de seguridad social asumió el 100% de la pensión de vejez que pagaba el BCH a partir del 1º de agosto de ese año. Una vez asumido el pago de la pensión, el Instituto suspendió el pago de la mesada 14.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la contestó oponiéndose a las pretensiones toda vez que el Instituto de Seguros Sociales reconoció la pensión de vejez al demandante mediante la resolución 032294 del 29 de julio de 2008 en cuantía de \$1'836.443, suma superior a 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes, por lo que no tenía derecho a la mesada 14 en los términos señalados por el Acto Legislativo 01 de 2005, pese a que el reconocimiento pensional se efectuó dentro del límite temporal que el legislador fijó para el pretendido reconocimiento. Formuló como excepciones las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

La NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO también se opuso a las pretensiones por considerar que carece de competencia para pronunciarse respecto del reconocimiento y pago de la mesada 14 la cual, por



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

hacer parte del Sistema General de Pensiones, debe ser resuelta exclusivamente por la entidad que la reconoció, es decir por COLPENSIONES, teniendo como soporte fáctico la historia laboral del causante y como soporte legal, lo consagrado en la ley 100 de 1993 y en el Acto Legislativo 01 de 2005.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 22 de septiembre de 2020 absolvió a las demandadas de las pretensiones con fundamento en que la pensión reconocida al señor JORGE ELIÉCER RODRÍGUEZ LEÓN por el Banco Central Hipotecario de manera temporal, fue conmutada con el Instituto de Seguros Sociales y, previo al pago del cálculo que correspondiera, implicó que el ISS asumiera el pago de la pensión en los mismos términos en que fue acordada entre las partes, el ISS asumió el pago de la pensión hasta que legalmente el accionante arribó a la edad para que se le reconociera la pensión legal, momento a partir del cual cesaba el pago de la pensión acordada entre las partes sin que hubiera lugar al pago de diferencias en virtud de la compatibilidad pensional que las mismas partes descartaron al momento de suscribir el acta de conciliación. Entonces no hay lugar a deducir que por virtud de una eventual compatibilidad entre pensión convencional y legal a cargo del ISS, subsistiera respecto del actor el pago de alguna diferencia y dentro de ella la mesada 14 como valor adicional o incluido en la diferencia entre la pensión pactada entre las partes y la legal, pues no era una pensión compatible ni compartida, sino una pensión voluntaria que otorgó el Banco al trabajador supeditada en su disfrute al reconocimiento de la pensión de vejez legal, en el caso de esta última su cuantía superó los 3 salarios mínimos por lo que el demandante no tenía derecho a mesada 14.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte actora la apeló por considerar que al demandante le asiste el derecho a la mesada 14 que percibía desde el 16 de diciembre de 1996 y se dejó de pagar por el ISS desde junio de 2009, toda vez que la mesada pensional que se conmutó debió haber sido asumida en su integridad y bajo los mismos postulados por el ISS, como lo señaló el artículo 6° del Decreto 1260 del 4 de julio de 2020. La conmutación se efectuó antes del Acto Legislativo 01 de 2005 por lo que el ISS debió preservar el derecho adquirido del demandante por condición más beneficiosa.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y solamente la parte actora formuló alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Tiene derecho el señor JORGE ELIÉCER RODRÍGUEZ LEÓN al pago de la mesada 14 de la pensión de vejez que venía pagando voluntariamente el empleador Banco Central Hipotecario, una vez fue reconocida la pensión legal por el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES mediante la resolución 032294 del 29 de julio de 2008?



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró pleno respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que entre el señor JORGE ELIÉCER RODRÍGUEZ LEÓN y el BANCO CENTRAL HIPOTECARIO se celebró un acuerdo conciliatorio el 16 de diciembre de 1996 en virtud del cual se terminó por mutuo consentimiento la relación laboral vigente entre ellos desde el 30 de abril de 1970, a partir del 12 de diciembre de 1996. La fórmula conciliatoria consistió en que el BANCO CENTRAL HIPOTECARIO reconocería una PENSIÓN DE VEJEZ TEMPORAL, ANTICIPADA y VOLUNTARIA hasta el momento en que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES reconociera al demandante la pensión legal. En la cláusula 11 del referido acuerdo de voluntades (folio 14) se pactó expresamente: *por tratarse de una pensión absolutamente temporal y voluntaria, en el evento de que el Instituto de Seguros Sociales le reconozca una mesada pensional inferior a la que venía reconociendo el Banco, éste no se obliga de ninguna manera a asumir diferencia alguna.* Según el texto de la resolución 0324 del 26 de febrero de 2004 que obra en la carpeta denominada "19067201" del expediente digitalizado, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES aceptó la conmutación de las obligaciones pensionales a cargo del BANCO CENTRAL HIPOTECARIO EN LIQUIDACIÓN incluida la del señor JORGE ELIÉCER RODRÍGUEZ LEÓN, previo pago del capital constitutivo que obedeció al cálculo actuarial del valor de los aportes en pensiones que correspondía a cada pensionado del BCH hasta la fecha en que cada uno cumpliera los requisitos para acceder a la pensión de vejez de carácter legal. El INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES reconoció pensión de vejez al demandante a partir del 1º de agosto de 2008 en cuantía de \$1'836.435 mediante la resolución 032294 del 29 de julio de 2008, según la comunicación de folios 16 al 18 del expediente digitalizado.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PREMISAS NORMATIVAS

Artículo 18 del acuerdo 049 de 1990. *Compatibilidad de las pensiones extralegales. Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.*

PARÁGRAFO. *Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.*

Artículo 4º del Decreto 1260 del 4 de julio de 2000. *Objeto y efectos de la conmutación total. La conmutación pensional total tendrá por objeto lograr que se pague a quienes tengan o lleguen a tener derecho a ella, la respectiva mesada pensional en el monto que corresponda al momento de la conmutación de acuerdo con la ley o la convención o pacto colectivo. Igualmente en el caso de empresas particulares, se tomarán en cuenta adicionalmente los respectivos acuerdos o contratos que se hayan celebrado válidamente entre la empresa y sus empleados.*

Una vez realizada la conmutación pensional total, la empresa quedará liberada de la obligación de pago de la pensión.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en un caso de connotaciones similares al que aquí se analiza aclaró:



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

“...Conforme a la senda de ataque, el recurrente no controvierte las circunstancias que el Tribunal tuvo por demostradas, y a partir de las cuales concretó los puntos jurídicos a resolver, consistentes en que la demandada, mediante conciliación de 28 de octubre de 1996, concedió al actor una pensión de jubilación temporal y voluntaria hasta cuando el ISS le reconociera la de vejez, momento en que se extinguiría definitivamente su obligación y sin compromiso de pagar un mayor valor, si lo hubiere, entre las dos pensiones. Siendo ello así, carece de sustento la aseveración que hace en el sentido de que el sentenciador de alzada dio un entendimiento distinto al parágrafo del artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, pues justamente lo que se reconoció en el fallo fue que la circunstancia acontecida encuadra en el contenido de dicho aparte, sin que ello comporte el atropello a un derecho adquirido, o trasgreda la facultad de transigir sobre derechos ciertos e indiscutibles, o desconozca los derechos mínimos del trabajador o el principio de progresividad.

El primer aspecto que impone destacar es que no hay lugar a hablar de derecho adquirido pues para el momento del acuerdo conciliatorio el accionante no contaba con los requisitos para jubilarse, y solo le asistía una mera expectativa. El reconocimiento de la pensión, fue producto de la libre y espontánea voluntad del empleador que así lo quiso, eso sí, bajo las puntuales condiciones del acta de la conciliación a que asistieron voluntariamente ambas partes, es decir, de forma temporal, hasta tanto el ISS reconociera la vejez, y sin lugar a la compartibilidad, pacto último que autoriza la norma cuya transgresión se predica.

Tampoco se afectaron los derechos mínimos del trabajador, porque, se reitera, se trató de un beneficio que devino de un acto voluntario del empleador, que le permitió al afiliado, sin tener los requisitos legales para pensionarse, gozar anticipadamente de la prestación a partir de la terminación del contrato de trabajo, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, lo que constituyó, sin lugar a dudas, una ganancia extra para el trabajador, quien no debió esperar a cumplir la edad exigida laborando,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

sino que empezó a gozar de su estatus de pensionado anticipadamente, lo cual no habría sido posible de no celebrarse el acuerdo. Bajo esa misma estructura, no fueron derechos ciertos e indiscutibles sobre los que se concilió pues el pacto de no compartibilidad fue subsidiario al reconocimiento voluntario de la pensión y como ya se anotó, este último obedeció al exclusivo querer del patrono de favorecer al trabajador con el disfrute anticipado de su pensión.

Consecuente con lo ilustrado, no es de recibo para la Sala el planteamiento del recurrente relativo a que el Colegiado debió inaplicar el parágrafo del artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, por ser contrario a los postulados constitucionales, pues la consagración de la excepción a la compartibilidad, que es lo que recoge tal disposición no contraría los principios que orientan el derecho laboral, desde la perspectiva aquí analizada, esta es, cuando la pensión otorgada es resultado del querer del empleador de conceder una prerrogativa a su trabajador...” (Sentencia SL 2260 del 19 de febrero de 2014 M.P. Gustavo Hernando López Algarra).

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y la sentencia que se toma como premisa normativa, advierte la Sala que debe confirmarse la decisión absolutoria del a quo, como quiera que la pensión de jubilación reconocida al señor JORGE ELIÉCER RODRÍGUEZ LEÓN partió de una fórmula conciliatoria entre el ex trabajador y su empleador Banco Central Hipotecario, las condiciones de esa pensión fueron las pactadas en esa conciliación, esto es, se trataba de una pensión de vejez temporal, anticipada y voluntaria hasta el momento en que el Instituto de Seguros Sociales reconociera al demandante la pensión legal y en la cláusula 11 del acuerdo de voluntades se pactó expresamente que *por tratarse de una pensión absolutamente temporal y voluntaria, en el evento de que el Instituto de Seguros Sociales le reconozca una mesada pensional inferior a la que venía reconociendo el Banco, éste no se obliga de ninguna manera a asumir diferencia alguna, es decir*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

que además que la prestación tuvo el carácter de temporal, se celebró entre las partes un acuerdo de no compartibilidad, características estas que no vulneraron derechos adquiridos del trabajador, ni versaron sobre derechos ciertos e irrenunciables, pues tal como lo determinó nuestro órgano de cierre *para el momento del acuerdo conciliatorio el accionante no contaba con los requisitos para jubilarse, y solo le asistía una mera expectativa. El reconocimiento de la pensión, fue producto de la libre y espontanea voluntad del empleador que así lo quiso, eso sí, bajo las puntuales condiciones del acta de la conciliación a que asistieron voluntariamente ambas partes, es decir, de forma temporal, hasta tanto el ISS reconociera la vejez, y sin lugar a la compartibilidad, pacto último que autoriza la norma cuya transgresión se predica.*

Así las cosas, cuando el ISS aceptó la conmutación pensional de los trabajadores del BCH, incluido el demandante, la aceptó con la connotación de ser una pensión temporal no compartida y sin expectativa de serlo, en los términos del artículo 4º del decreto 1260 de 2000, por lo que al no conmutarse una pensión definitiva o para compartir con el ISS sino temporal hasta el cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión legal, no es posible exigirle a la entidad de seguridad social seguirla pagando con posterioridad a ese límite temporal. Corolario de lo anterior, concluye la Sala que, tal como lo definió el a quo, como quiera que la pensión de vejez reconocida al señor JORGE ELIÉCER RODRIGUEZ LEÓN superó los 3 salarios mínimos mensuales legales, pese a que fue reconocida antes del 31 de julio de 2011, no mantuvo el derecho a la mesada 14 que reclama, máxime si se tiene en cuenta que la pensión de vejez legal reconocida por el ISS, es diferente a la pensión extralegal que reconoció el BCH con carácter temporal, como se definió en líneas anteriores.

Teniendo en cuenta lo anterior, se confirmará la decisión impugnada. COSTAS en esta instancia a cargo de la apelante en la suma de \$300.000 como agencias en derecho.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la apelante en la suma de \$300.000 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada

LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 13 2019 00345 01
Demandante: ROSA ELVIRA LEÓN PIRA Y OTRA
Demandados: COLPENSIONES

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Conforme la copia de la escritura pública de folios 80 y 81, se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA, identificada con la C.C. No. 1.037.639.320 de Envigado y T.P. No. 288.820 del C.S. de la J. y como su apoderada sustituta se reconoce a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con la C.C. No. 37.627.008 de Puente Nacional y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., conforme la sustitución del poder que obra a folio 79 vuelto.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante ANA ELVIRA JUYO TENJO y a conocer en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2020 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

Las señoras ROSA ELVIRA LEÓN PIRA y ANA ELVIRA JUYO TENJO presentaron demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral sea condenada a sustituir en un 50% para cada una, la pensión de vejez que en vida devengaba el señor SALVADOR ROMERO desde el 23 de septiembre de 2011, en calidad de cónyuge y compañera permanente del causante, respectivamente, junto con los intereses moratorios, el retroactivo pensional y la indexación.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones manifestaron que el señor SALVADOR ROMERO falleció el 23 de septiembre de 2011, estaba pensionado por el Instituto de Seguros Sociales desde el 1º de enero de 2005. La señora ANA ELVIRA JUYO TENJO convivió con el causante en calidad de compañera permanente desde el 28 de diciembre de 1978 hasta la fecha de su fallecimiento, dependía económicamente de él y procrearon dos hijos OSCAR EUGENIO y JAIME ALONSO ROMERO JUYO ambos mayores de edad. Por su parte indicó la señora ROSA ELVIRA LEÓN PIRA que contrajo matrimonio con el causante el 28 de junio de 1964 y que convivió con él hasta la fecha de su fallecimiento, nunca se divorció de su cónyuge ni se separó de bienes ni de cuerpos y la sociedad conyugal estuvo vigente hasta su muerte. De su relación con el causante nacieron 5 hijos LUZ MYRIAM, MARÍA ELVIRA, MARÍA AMPARO, CLARA INÉS y GERMAN ROMERO LEÓN, todos mayores de edad. Explicaron que transaron sus diferencias y de común acuerdo solicitaron a la demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en un 50% para cada una, sin embargo tal petición fue negada por COLPENSIONES.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones por cuanto no se ha demostrado el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para acceder a la pensión de sobrevivientes solicitada y, como consecuencia, tampoco hay lugar a indexar suma alguna ni a impartir condena por intereses moratorios. Formuló como excepciones las que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y buena fe.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 30 de septiembre de 2020 CONDENÓ a COLPENSIONES a sustituir a la señora ROSA ELVIRA LEÓN PIRA el 80% de la pensión que devengaba en vida el señor SALVADOR ROMERO en condición de cónyuge supérstite y a la señora ANA ELVIRA JUYO TENJO el 20% de dicha prestación económica en calidad de compañera permanente.

Para así decidir señaló que el Instituto de Seguros Sociales reconoció pensión de vejez al señor SALVADOR ROMERO mediante la resolución 012671 de 2005 desde el 1º de mayo de 2005, que el señor ROMERO falleció el 23 de septiembre de 2011, por lo que la norma que regula la pensión es la ley 797 de 2003 en sus artículos 12 y 13 que modificaron los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, es decir que la prestación económica que se reclama debe ser reconocida en proporción al tiempo de convivencia de cada una de las demandantes con el causante y que, siguiendo la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para el caso de la cónyuge los 5 años de convivencia se exigen en cualquier tiempo y en el caso de la compañera permanente, la convivencia debe acreditarse dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento del causante.

Determinó que según el registro civil de matrimonio de folio 15, entre el señor SALVADOR ROMERO y la señora ROSA ELVIRA LEÓN PIRA existe un vínculo



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

conyugal desde el 28 de junio de 1964 y no existe nota marginal en el mismo que indique que el mismo haya fenecido. Señaló asimismo que en el expediente administrativo obra declaración extraproceso de la señora ADRIANA PATRICIA GAMBA GARAY y del señor NOEL LUIS TORRES UYABAN, quienes indicaron que les consta que la pareja se casó y convivió desde el 28 de junio de 1964, sin embargo indicaron que los conocieron apenas 19 y 35 años atrás respectivamente, lo que no resulta coherente. Que en declaración rendida en el trámite de primera instancia, la señora ADRIANA PATRICIA GAMBA GARAY indicó que conoce a la señora ROSA ELVIRA LEÓN PIRA desde 1993 y al señor SALVADOR ROMERO desde 1995, por cuanto es la compañera de uno de los hijos de la pareja, por lo que le consta que los señores ROSA ELVIRA y SALVADOR convivieron hasta el día del fallecimiento del último. Explicó que si bien es cierto no se tiene constancia de qué ocurrió entre 1964 y 1995, también lo es que tampoco hay prueba de divorcio o rompimiento de la unión entre las partes y conforme lo indicó la señora ADRIANA PATRICIA, se tendrá por probado que hubo una convivencia desde el 28 de junio de 1964 hasta el 11 de septiembre de 2011, fecha del fallecimiento del causante, esto es, durante 47 años, 2 meses y 25 días, por lo que es la señora ROSA ELVIRA LEÓN PIRA beneficiaria de la sustitución pensional por el fallecimiento de su cónyuge.

En cuanto a la señora ANA ELVIRA JUYO TENJO, indicó la a quo que en interrogatorio de parte rendido en el trámite de primera instancia, señaló la demandante que inició la convivencia con el señor SALVADOR ROMERO desde junio de 1978 y hasta el momento del fallecimiento del causante, que tuvieron dos hijos Jaime Alonso y Oscar Eugenio. Además que se aportaron declaraciones extraproceso de los señores CLARA ISABEL HERNANDEZ ESPITIA y CARLOS ALBERTO QUINTERO VELASQUEZ, quienes al unísono manifestaron que conocieron a la pareja hace más de 20 años y que les consta que la señora ANA ELVIRA y don SALVADOR convivieron durante más de 36 años en unión marital desde el 28 de diciembre de 1978. Por su parte la señora CLARA ISABEL HERNANDEZ ESPITIA, quien es compañera de vida de uno de los hijos de la señora ANA ELVIRA y don SALVADOR, indicó en declaración rendida ante el



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Juzgado que es ilógico que haya dicho que convivieron hace 36 años si los conoce hace 20 años y que no conoció a la señora ROSA ELVIRA LEÓN PIRA ni el causante le habló nunca de ella, sin embargo en la declaración extraproceso señaló que el estado civil de don SALVADOR era casado con sociedad conyugal vigente con la señora ROSA ELVIRA LEÓN con quien no convivía desde hace 36 años. Por lo anterior, decidió no tener en cuenta las declaraciones de folios 23 y 24.

No obstante lo anterior, la señora CLARA ISABEL HERNANDEZ ESPITIA señaló que conoció a la pareja entre 1994 y 1995 cuando ella tenía entre 13 y 14 años, pero le consta de su convivencia desde febrero del año 2000 como ella misma lo indicó hasta la fecha del fallecimiento del causante, por lo que se tiene como convivencia comprobada entre el señor SALVADOR ROMERO y la señora ANA ELVIRA JUYO TENJO desde el 1º de febrero del año 2000 hasta el 23 de septiembre del año 2011, esto es, por 11 años, 7 meses y 23 días.

En cuanto a los intereses moratorios, señaló que COLPENSIONES negó el pago de la sustitución pensional reclamada por el conflicto existente entre dos beneficiarias que, si bien es cierto llegaron a un acuerdo respecto del reconocimiento pensional en el 50% para cada una, también lo es que este derecho no podía transarse entre ellas, por lo que COLPENSIONES actuó en derecho con el respaldo de una norma jurídica, por lo que no se impuso condena por este concepto pero sí se ordenó la indexación del retroactivo pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES, señaló que una vez formulada la reclamación administrativa, la entidad emitió la resolución 321223 del 26 de noviembre de 2013 que negó la sustitución pensional y contra la cual se interpusieron los recursos de reposición y apelación, el primero de ellos se desató mediante resolución 309024 del 24 de septiembre de 2014 y el segundo mediante la resolución VPB 20371 de 2015, actos administrativos que confirmaron la decisión impugnada. Sin embargo la demanda se radicó hasta el 10 de mayo de 2019, esto es, fuera de los 3 años siguientes al agotamiento de la reclamación administrativa, por lo que se declararon prescritas las mesadas causadas antes del



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

10 de mayo de 2016. Declaró no probadas las demás excepciones y no condenó en costas a la demandada.

5. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la demandante ANA ELVIRA JUYO TENJO interpuso el recurso de apelación respecto del porcentaje de la sustitución pensional que se le concedió en la sentencia de primera instancia con fundamento en que más que lo que estipula la ley es el principio de equidad el que debe aplicarse, además que no se demostró en el proceso que su declaración de parte haya sido falsa, que si bien es cierto se presentaron inconsistencias en las declaraciones extrajudicio, son declaraciones de referencia o testigos indirectos de la convivencia por la que se les indagó. Que la situación fáctica demuestra que debe aplicarse la equidad y las mismas demandantes han querido que sea en proporciones iguales, por lo tanto solicita que esta Corporación de por hecho que el tiempo de convivencia de la señora ANA ELVIRA JUYO TENJO empezó el 1º de junio de 1978 fecha para la cual ya se encontraba en estado de embarazo, lo cual hace presumir que se inició la convivencia, pues no dejan de existir las presunciones o los indicios. En cuanto a los intereses moratorios señaló que fue una negligencia por parte de COLPENSIONES el omitir el reconocimiento de fondo de la prestación social que se reclama. Solicita igualmente que se condene en costas a COLPENSIONES teniendo en cuenta el desgaste de la administración de justicia y de los propios intervinientes. Solicitó finalmente en punto a la excepción de prescripción, que no se tenga en cuenta la fecha de la resolución sino la fecha en que se notificó la misma, para contar el término prescriptivo.

La sentencia se estudiará asimismo en grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que la misma resultó adversa a una entidad pública en la que la Nación es garante, como es COLPENSIONES, conforme el artículo 69 del CPT y SS.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y las partes formularon alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal que obran en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Previo a plantear el problema jurídico, corresponde a la Sala aclarar que si bien es cierto el apoderado de las demandantes solamente interpuso el recurso de apelación respecto de la porción de la sustitución pensional reconocida a la señora ANA ELVIRA JUYO TENJO, también lo es que se conoce la sentencia en consulta, por lo que se procederá a analizar la legalidad de la condena y si son correctos los porcentajes indicados para cada demandante.

PROBLEMA JURIDICO

¿Acreditaron las señoras ROSA ELVIRA LEÓN PIRA y ANA ELVIRA JUYO TENJO su condición de beneficiarias del señor SALVADOR ROMERO RODRIGUEZ en condición de cónyuge y compañera permanente, respectivamente y, por ende, debe sustituirseles la pensión de vejez que en vida devengaba el causante en la proporción establecida en la sentencia de primera instancia?

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que los señores SALVADOR ROMERO RODRIGUEZ y ROSA ELVIRA LEÓN PIRA contrajeron matrimonio por los ritos de la religión católica el 28 de junio de 1964,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

como se verifica en el acta de matrimonio de folio 15 del plenario. Mediante resolución 12671 de 2005, el Instituto de Seguros Sociales reconoció pensión de vejez al señor SALVADOR ROMERO RODRIGUEZ desde el 1º de mayo de 2005, como consta en el expediente administrativo del causante. El señor SALVADOR ROMERO falleció el 23 de septiembre de 2011 como se verifica en el registro civil de defunción de folio 13.

Absolvió interrogatorio de parte en el trámite de primera instancia la señora ANA ELVIRA JUYO TENJO quien indicó que conoció al señor SALVADOR ROMERO desde el 22 de diciembre de 1977 y que convivieron juntos desde junio de 1978 hasta el día que falleció el 23 de septiembre de 2011, que nunca se separaron, había tiempos que él no llegaba a la casa porque viajaba mucho y un tiempo vivió en Sogamoso por lo que se veían cada mes, pero luego dejó de viajar y se radicó en la casa. Indicó que tuvo dos hijos con SALVADOR: JAIME ALONSO que nació el 27 de julio de 1978 y OSCAR EUGENIO que nació el 18 de julio de 1980. Dijo conocer a la señora ROSA ELVIRA el día que las citaron para la audiencia el 12 de febrero y que se enteró que SALVADOR tenía otra familia, que tenía hijos y una esposa, el día que falleció.

Lo propio hizo la señora ROSA ELVIRA LEÓN PIRA quien indicó que fue esposa del señor SALVADOR ROMERO desde el 28 de junio de 1964 y convivió con él hasta el día de su fallecimiento, que viajaba mucho, pero siempre estaba respondiendo con ella, no estaba todos los días en la casa pero siempre estuvo pendiente de ellos hasta el día de su muerte, momento en el cual se enteró que tenía otra relación.

Rindió declaración en el trámite de primera instancia la señora ADRIANA PATRICIA GAMBA GARAY nuera de la señora ROSA ELVIRA LEÓN PIRA a quien dijo conocer hace 28 años desde el año 1993 cuando conoció al hijo, a don SALVADOR ROMERO lo conoció en el año 1995 y era el esposo de la señora ROSA ELVIRA, indicó que don SALVADOR viajaba mucho porque trabajaba en flota águila y vivía en Fontibón con su suegra, que los visitaban generalmente los fines de semana y



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

don SALVADOR estaba ahí. Indicó que nunca se enteró de que la pareja se hubiese separado. Explicó que don SALVADOR falleció hace 9 años y vivía con la señora ROSA ELVIRA, que cuando don SALVADOR se enfermó se enteraron de la existencia de la señora ANA ELVIRA y su esposo y sus cuñadas se hicieron cargo de su enfermedad. Indicó que vio a la señora ANA ELVIRA en dos ocasiones y que no sabe qué relación tenían pero ya tenían dos hijos grandes.

Asimismo, rindió declaración la señora CLARA ISABEL HERNANDEZ ESPITIA nuera de la señora ANA ELVIRA JUYO TENJO a quien conoció en el año 1995 o 1994, tenía como 13 o 14 años cuando la conoció a ella y a don SALVADOR ROMERO por ser sus vecinos y afianzaron su relación de amistad en el año 2000. La señora ANA ELVIRA era la esposa de don SALVADOR convivieron juntos hasta el último día que él estuvo vivo, don SALVADOR viajaba pero siempre fueron pareja, no se separaron. Indicó que le consta que son pareja desde el mes de febrero del año 2000. A la señora ROSA ELVIRA la conoció el día que su suegro falleció en el hospital. Al comienzo don SALVADOR viajaba mucho y después de un tiempo lo veía todos los días en la casa, indicó que vivió con ellos cuando convivió con su hijo y por eso le consta lo que indicó.

PREMISAS NORMATIVAS

Teniendo en cuenta que la fecha de fallecimiento del causante fue el 23 de septiembre de 2011, la norma que gobierna la sustitución pensional reclamada es el artículo 13 de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la ley 100 de 1993, según el cual:

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

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

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

En torno al requisito de la convivencia, como inexcusable para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1399 de 2018 con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo señaló:



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

“...El requisito común e inexcusable del derecho a la pensión de sobrevivientes: la convivencia durante mínimo 5 años

2.1 La noción de convivencia

Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.

...3. Convivencia singular del afiliado o pensionado fallecido con el cónyuge o compañero (a) permanente

a. Convivencia singular con el cónyuge

En tratándose de la relación del afiliado o pensionado con su cónyuge, esta Corporación ha defendido el criterio según el cual la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir en cualquier tiempo, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto...



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Entonces la convivencia de 5 años con el cónyuge con lazo matrimonial vigente, puede darse en cualquier tiempo, así no se verifique una comunidad de vida al momento de la muerte del (la) afiliado (a) o pensionado (a), dado que: (i) el legislador de 2003 tuvo en mente la situación de un grupo social, integrado a más de las veces por mujeres cuyos trabajos históricamente han sido relegados al cuidado del hogar y que, por consiguiente, podían quedar en estado de vulnerabilidad o inminente miseria ante el abandono de su consorte y su posterior deceso; (ii) esta dimensión sociológica debe servir de parámetro interpretativo, a modo de un reconocimiento que la seguridad social hace a la pareja que durante largo periodo contribuyó a la consolidación de la pensión, mediante un trabajo que hasta hace poco no gozaba de valor económico o relevancia social; y (iii) es lógico pensar que si con arreglo al último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en los eventos de convivencia no simultánea, el cónyuge separado de hecho tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en forma compartida, también debe tener derecho a esa prestación ante la inexistencia de compañero (a) permanente.

b. Convivencia singular con el(la) compañero(a) permanente

En tratándose del compañero permanente, la jurisprudencia ha sido pacífica en señalar que la convivencia debe verificarse dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al deceso del causante. En la sentencia CSJ SL680-2013, reiterada en SL1067-2014, la Corte recabó este criterio, así:

Pese a lo argüido, la exégesis que el juez de alzada hizo de la disposición legal no resulta distorsionada en cuanto consideró necesario y vital que se cumpliera el lapso de convivencia que allí se exige, esto es, 5 años previos al deceso, al tratarse de compañera permanente.

El aludido texto es claro respecto de tal requisito, y aun cuando, como lo ha considerado esta Sala al fijar la inteligencia de su literal b), privilegió el vínculo matrimonial, lo cierto es que en ningún evento dispensó el término de 5 años



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de coexistencia, solo que en el caso de la compañera permanente, por tratarse de una situación de facto, derivada de la decisión libre y espontánea, se asentó sobre la necesidad de que fuera cumplido previo al fallecimiento [...]».

De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado o afiliado, puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008)...”

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, advierte la Sala que deben revisarse las proporciones en las que la sentencia de primera instancia dispuso la sustitución de la pensión que en vida devengaba el causante SALVADOR ROMERO RODRIGUEZ, pues si bien es cierto se demostró que para la fecha de su fallecimiento tenía vínculo conyugal vigente con la señora ROSA ELVIRA LEÓN PIRA y que, conforme las premisas normativas señaladas, para que el cónyuge adquiriera la calidad de beneficiario basta que demuestre mínimo 5 años de convivencia en cualquier tiempo, también lo es que no encuentra respaldo probatorio en el plenario la convivencia de la pareja desde el 28 de junio de 1964 hasta el 11 de septiembre de 2011, esto es durante 47 años, 2 meses y 25 días



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

como lo señaló la sentencia de primera instancia, pues tal como la ha definido el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, *“...Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).*

Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común...”.

Características estas que no se demostraron por la señora ROSA ELVIRA LEÓN PIRA durante 47 años, 2 meses y 25 días y que no pueden presumirse por el hecho que existiera un vínculo conyugal con el causante, pues tal como lo indicó la a quo, no se tiene constancia de qué ocurrió entre 1964 y 1995 y no puede presumirse que la convivencia subsistió porque no haya prueba de divorcio o rompimiento de la unión entre las partes, toda vez que lo que da derecho al cónyuge supérstite a una porción de la pensión no es mantener el vínculo conyugal a la fecha de fallecimiento del causante, sino haber convivido con él durante mínimo 5 años en cualquier tiempo.

Analizadas en su conjunto las pruebas aportadas al plenario, solamente la declaración de la señora ADRIANA PATRICIA GAMBA GARAY nuera de la señora ROSA ELVIRA LEÓN PIRA se refirió al tiempo de convivencia de la pareja al señalar que conoció al señor SALVADOR ROMERO RODRIGUEZ en el año 1995 y que era el esposo de la señora ROSA ELVIRA con quien vivía en la localidad de Fontibón en esta ciudad y lo hizo hasta la fecha de su fallecimiento, por tratarse de una persona cercana al núcleo familiar de la señora ROSA ELVIRA y don SALVADOR y constarle entonces directamente los hechos relatados, se tiene que su testimonio



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

acredita la convivencia de la señora ROSA ELVIRA LEON PIRA y el señor SALVADOR ROMERO RODRIGUEZ desde el 1º de enero de 1995 hasta el 23 de septiembre de 2011, esto es, durante 16 años, 8 meses y 22 días.

En cuanto a la convivencia de la señora ANA ELVIRA JUYO TENJO con el causante, coincide la Sala con la decisión de primera instancia en cuanto a que solamente la declaración de la señora CLARA ISABEL HERNANDEZ ESPITIA demuestra la convivencia de la pareja por un lapso de 11 años, 7 meses y 23 días, pues le consta la misma desde el mes de febrero de 2000 hasta la fecha del fallecimiento del causante, toda vez que si bien es cierto obra en el expediente declaración extrajuicio rendida por el señor CARLOS ALBERTO QUINTERO VELASQUEZ en la que indicó que le consta la convivencia de la señora ANA ELVIRA con don SALVADOR por más de 36 años, también lo es que dijo conocerlos desde hace 20 años, por lo que no se puede dar credibilidad a sus afirmaciones. Tampoco pueden ser tenidas en cuenta las declaraciones extraproceso rendidas por las señoras YANET ASUNCIÓN MORENO GUERRERO y LUZ MARLENY MENDOZA CASTILLO que obran en el expediente administrativo del causante, pues si bien indicaron que conocen a la señora ANA ELVIRA JUYO TENJO hace más de 38 años, no explicaron las circunstancias por las que les consta que convivió con el señor SALVADOR durante más de 35 años, desde el 22 de diciembre de 1977 como lo expresaron, fecha que además no coincide con la señalada por la propia demandante en su interrogatorio de parte en el que refirió que conoció al señor SALVADOR ROMERO desde el 22 de diciembre de 1977 y que convivieron juntos desde junio de 1978.

Así las cosas, deberá modificarse la sentencia apelada y consultada en cuanto a que la sustitución de la pensión de vejez que en vida devengaba el señor SALVADOR ROMERO RODRIGUEZ se reconocerá a la señora ROSA ELVIRA LEÓN PIRA en un porcentaje del 59% en proporción a los 16 años, 8 meses y 22 días de convivencia en calidad de cónyuge supérstite y a la señora ANA ELVIRA JUYO TENJO en un porcentaje del 41% en proporción a los 11 años, 7 meses y 23 días de convivencia en calidad de compañera permanente del causante.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Basta simplemente señalar en punto al recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la señora ANA ELVIRA JUYO TENJO, que la equidad a la que se refiere es solamente un criterio auxiliar de interpretación judicial que no permite el desconocimiento de las normas legales que regulan la forma de reconocer la pensión de sobrevivientes aún en el caso de convivencia simultánea del causante con la cónyuge y una compañera permanente, además de lo anterior, asiste razón a la Señora Juez de Primera Instancia al referir que no puede aprobarse un acuerdo entre las demandantes para que se les reconozca el 50% de la prestación económica a cada una, toda vez que el derecho a la sustitución pensional de las beneficiarias aquí reconocidas es un derecho cierto, indiscutible y además irrenunciable, y por lo tanto tampoco es susceptible de conciliación ni transacción.

Se confirmará la decisión en cuanto absolvió de los intereses moratorios reclamados a COLPENSIONES por cuanto, lejos de actuar en forma negligente como lo indicó el apelante, suspendió el pago de la sustitución pensional hasta tanto fuera resuelto el conflicto de beneficiarias por la jurisdicción ordinaria laboral, pues pese a que existiera un presunto acuerdo entre ellas, como se indicó, dada la naturaleza del derecho pensional reclamado no podía la entidad de seguridad social aprobarlo.

Se confirmará asimismo la decisión en cuanto a la declaratoria parcial de la prescripción desde la fecha de presentación de la demanda hacia atrás, por cuanto aún si se tuviera en cuenta la fecha de notificación de cada una de las resoluciones que emitió COLPENSIONES en el trámite administrativo iniciado con la primera petición de pensión presentada por las demandantes, esto es el 21 de marzo de 2015 que se notificó la VPB 20371 del 5 de marzo de 2015 que resolvió el recurso de apelación, debió presentarse la demanda a más tardar el 21 de marzo de 2018, como quiera que se presentó el 10 de mayo de 2019, fue la demanda y no la reclamación administrativa la que interrumpió el término prescriptivo.

Igualmente se mantendrá la absolución de la demandada por concepto de costas, toda vez que la actuación judicial adelantada para el reconocimiento de la sustitución pensional a las beneficiarias no constituyó un desgaste del aparato



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

jurisdiccional ni de los intervinientes en el proceso como lo argumentó el apelante, sino que era una actuación indispensable para dirimir el conflicto entre beneficiarias por disposición legal.

SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1º de la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de septiembre de 2020 en el sentido de señalar que la porción a la que tiene derecho la señora ROSA ELVIRA LEÓN PIRA como beneficiaria de la sustitución pensional en su condición de cónyuge supérstite del señor SALVADOR ROMERO es del 59%, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 2º de la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de septiembre de 2020 en el sentido de señalar que la porción a la que tiene derecho la señora ANA ELVIRA JUYO TENJO como beneficiaria de la sustitución pensional en su condición de compañera permanente del señor SALVADOR ROMERO es del 41%, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ

Magistrada

LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO

Magistrada

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 29 2019 00741 01
Demandante: MARÍA ERNESTINA MONTENEGRO
Demandado: COLPENSIONES

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA identificada con la C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820, conforme el poder general otorgado mediante la escritura pública No. 120 del 1º de febrero de 2021 y como su apoderada sustituta se reconoce a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con la C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 conforme la sustitución del poder otorgada, documentos aportados por correo electrónico.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver la apelación interpuesta por COLPENSIONES y a conocer en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 26 de agosto de 2020 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora MARIA ERNESTINA MONTENEGRO presentó demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral sea condenada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 21 de enero de 2019, fecha de fallecimiento de su compañero permanente MARIO HÉCTOR CASTILLO ARCINIEGAS, los intereses moratorios, la indexación de los valores objeto de condena y las costas del proceso.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que el señor MARIO HÉCTOR CASTILLO ARCINIEGAS disfrutaba de una pensión de vejez reconocida por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales mediante resolución No. 049070 del 21 de octubre de 2018 y falleció el 21 de enero de 2019. Igualmente, aseguró que convivió en unión marital de hecho con el causante desde el 03 de enero de 1991 hasta el momento de su fallecimiento y que de dicha convivencia procrearon una hija de nombre JULIETH ANDREA CASTILLO MONTENEGRO. De otro lado afirmó que COLPENSIONES negó la pensión solicitada mediante resolución SUB111290 del 09 de mayo de 2019 bajo el argumento de no estar acreditado el requisito de la convivencia, decisión confirmada mediante resoluciones SUB132395 y DPE4528 del 27 de mayo y 14 de junio del 2019 respectivamente.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada en legal forma la demanda, COLPENSIONES la contestó oponiéndose a las pretensiones al argumentar que según la investigación



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

administrativa efectuada por la entidad, la promotora de la litis no acreditó la calidad de compañera permanente como tampoco la convivencia con el causante durante los cinco años anteriores a su fallecimiento. Formuló las excepciones denominadas: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción y caducidad.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 26 de agosto de 2020 CONDENÓ a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la señora MARÍA ERNESTINA MONTENEGRO como compañera permanente del causante HÉCTOR CASTILLO ARCINIEGAS a partir del 21 de enero de 2019 en cuantía inicial de \$1'317.090 y por catorce mesadas al año, DECLARÓ no probada la excepción de prescripción, CONDENÓ a COLPENSIONES al pago del retroactivo causado desde el 21 de enero de 2019 hasta la fecha que sea incluida en nómina, suma que deberá ser indexada al momento del pago y condenó en costas a la demandada en la suma de \$3'000.000.

Como sustento de su decisión arguyó que de conformidad con las pruebas aportadas al proceso, especialmente la declaración extra juicio del causante y la prueba testimonial practicada en el trámite procesal la parte actora acreditó la convivencia con el señor HÉCTOR MARIO CASTILLO por un lapso superior a los cinco años anteriores del fallecimiento, igualmente, aclaró que si bien COLPENSIONES negó la pensión mediante los actos administrativos basada en la investigación administrativa, no se aporta la misma a fin de efectuar su estudio y dilucidar alguna contradicción y que, por el contrario, los testigos que rindieron su declaración en el trámite de primera instancia, fueron coincidentes en afirmar que la pareja convivió hasta el fallecimiento del causante. En consecuencia ordenó el pago de la pensión de sobrevivientes, sin condena respecto de los intereses moratorios solicitados, al considerar que la respuesta de Colpensiones lo fue dentro del término establecido por la Ley y que de acuerdo a las resoluciones proferidas



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

por dicha entidad, tenía elementos de juicio que le hacían suponer que no se acreditaba el requisito de los cinco años de convivencia de acuerdo al informe investigativo, sin embargo, teniendo en cuenta la devaluación o pérdida del valor adquisitivo de la moneda, ordenó la indexación del retroactivo pensional.

5. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de COLPENSIONES interpuso el RECURSO DE APELACIÓN a fin de que sea revocada, por considerar que la demandante no cumple con los requisitos previstos en la ley para el reconocimiento de la prestación que reclama, como lo dejó evidenciado la investigación administrativa, por tanto, COLPENSIONES actuó conforme a las pruebas obrantes en el expediente administrativo.

Igualmente, como quiera que la decisión resultó adversa a una entidad pública de la que la Nación es garante como es COLPENSIONES, se estudiará el proceso en grado jurisdiccional de consulta de la sentencia, conforme lo dispuesto por el artículo 69 del CPT y SS.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y COLPENSIONES formuló alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal, los que obran en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

¿Acreditó la señora MARÍA ERNESTINA MONTENEGRO su condición de beneficiaria de la sustitución de la pensión de vejez que en vida disfrutaba el señor MARIO HÉCTOR CASTILLO ARCINIEGAS, en calidad de compañera permanente?

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que al señor MARIO HÉCTOR CASTILLO ARCINIEGAS le fue reconocida pensión de vejez por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES a partir del 3 de noviembre de 2007 mediante resolución No. 049070 del 21 de octubre de 2008 (folios 6 a 8), que el fallecimiento del causante ocurrió el 21 de enero de 2019 según registro civil de defunción de folio 9 y que la señora MARÍA ERNESTINA MONTENEGRO se presentó a reclamar ante COLPENSIONES la sustitución pensional en calidad de compañera permanente, solicitud que fue negada mediante resolución No. SUB111290 del 09 de mayo de 2019, por cuanto no se confirmó la convivencia permanente entre la solicitante y el señor CASTILLO ARCINIEGAS, decisión confirmada en resoluciones SUB132395 del 27 de mayo de 2019 y DPE4528 del 14 de junio del mismo año (Folios 17 a 24).

Por otra parte, obra a folio 14 del plenario declaración extrajudicial rendida por el causante el día 09 de julio de 1999 ante la Notaria 55 del Círculo de Bogotá, en la que manifestó bajo la gravedad del juramento que convivía desde hacía ocho años en unión libre y bajo el mismo techo con la señora MARIA ERNESTINA MONTENEGRO. Así mismo, dentro del presente trámite procesal se escuchó en interrogatorio a la demandante, oportunidad en la cual aseguró que tuvo una relación con el señor CASTILLO ARCINIEGAS por espacio de 28 años, desde el 03 de noviembre de 1991, que al año siguiente iniciaron una convivencia hasta el día



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de su fallecimiento, de la cual nació una hija de nombre JULIETH ANDREA CASTILLO. Relató que dependía económicamente del causante, aunque a veces trabajaba, pero generalmente se dedicaba al hogar porque su compañero no le permitía laborar. Mencionó que su pareja trabajó como portero y posteriormente fue pensionado, que siempre vivieron bajo el mismo techo, nunca hubo una separación y nunca conoció de otra relación que tuviera su pareja. Aclaró que en un primer momento convivieron en Villas de Granada en el año 1994 en un apartamento pequeño de propiedad de la señora ELIDIA LAGOS, luego convivieron en Bosa donde una hermana y en el año 2004 convivieron en la casa de la señora DIANA CERÓN en la calle 2b # 26 – 25, domicilio en donde falleció su compañero. Preciso que el núcleo familiar estaba conformado por ella, el causante, la hija de ambos y el nieto. Relató que la causa de fallecimiento del señor CASTILLO ARCINIEGAS fue un infarto, que murió en la casa y los gastos funerarios fueron sufragados por la aseguradora MAPFRE a la que estaba afiliado el causante. Finalmente mencionó que dependía económicamente de su compañero quien no la tenía afiliada a salud porque su hija requería más del servicio por su enfermedad y por ende ella se encontraba afiliada al Sisbén.

Igualmente, se escucharon las declaraciones de EDILIA LAGOS, DIANA MARCELA CERÓN CORRALES y ANDREA CASTILLO MONTENEGRO, quienes manifestaron de manera uniforme que les consta la convivencia entre ERNESTINA MONTENEGRO y MARIO HÉCTOR CASTILLO hasta la fecha de fallecimiento del segundo. Concretamente EDILIA LAGOS aseguró que la señora ERNESTINA y el causante MARIO HÉCTOR le arrendaron un apartamento en la carrera 111 b No. 72 – 55 en el año 1994, que para esa época el núcleo familiar estaba conformado sólo por los dos y en el año 1996 tuvieron una hija de nombre JULIETH ANDREA CASTILLO, que el causante era escolta y era quien sufragaba el pago del arriendo, pues no dejaba trabajar a su compañera. Manifestó que con posterioridad la pareja se mudó a Bosa en el año 2000 y luego al barrio Santa Isabel, a donde los visitaba de manera frecuente cada mes o cada quince días. Aseguró que para la fecha del fallecimiento en enero de 2019, vivían en Santa Isabel en un apartamento humilde con dos alcobas, una sala, cocina y un baño, que en la habitación de la pareja se



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

encontraba una cama doble y una mesita y aparte la habitación de la niña. Informó que no tiene conocimiento que durante la convivencia hubiese existido alguna separación o que el causante tuviera una relación con persona distinta a la señora MARÍA ERNESTINA.

Por su parte, la testigo DIANA MARÍA CERÓN CORRALES refirió que conoció al señor MARIO HÉCTOR en el año 2004, época para la cual le arrendó un apartamento pequeño, en donde vivía además su esposa, la señora MARÍA ERNESTINA MONTENEGRO y la hija JULIETH ANDREA CASTILLO, que no les hizo contrato por la confianza que le generaron. Indicó que conocía que el señor MARIO HÉCTOR era escolta y luego era pensionado, que le cancelaba una suma de \$550.000 por concepto de canon de arrendamiento, que el causante, la demandante, la hija de ambos y el nieto convivieron en dicho apartamento hasta el 21 de enero de 2019, cuando MARIO HÉCTOR falleció por causa de un infarto y luego del infortunio la señora MARÍA ERNESTINA decidió irse para Villas de Granada, previo a manifestar que no podía continuar con el pago del arriendo. Refirió que en la habitación de la pareja se encontraba la cama, el closet, televisor y una mesa de noche, que los visitaba con frecuencia porque el apartamento era en su misma casa de habitación, aunque los dos sitios eran independientes, que el señor MARIO HÉCTOR era el encargado de pagar el arriendo y nunca tuvo conocimiento que tuviera una relación con persona distinta a la señora MARÍA ERNESTINA, que los gastos funerarios fueron pagados por el mismo causante quien cancelaba un servicio funerario y que no tenía afiliada a la demandante a seguridad social en salud.

Por último, la testigo ANDREA CASTILLO MONTENEGRO, hija del causante y de la demandante, aseguró que para la época del fallecimiento de su padre vivían en el barrio Santa Isabel, en la Calle 2b # 26 – 25, que sus padres nunca se separaron y por el contrario la convivencia siempre fue constante. Refirió que el causante era quien sufragaba los gastos del hogar y que su padre no afilió a la seguridad social en salud a su progenitora, toda vez que prefirieron afiliarla a ella a fin de suplir medicamentos que debía tomar por los problemas de salud que padecía. Mencionó



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

finalmente que las exequias fueron cubiertas por el seguro que tenía su padre en MAPFRE.

PREMISAS NORMATIVAS

Teniendo en cuenta que la fecha de fallecimiento del causante fue el 21 de enero de 2019, la norma que gobierna la sustitución pensional reclamada es el artículo 13 de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la ley 100 de 1993, según el cual:

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

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

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).”

En torno a las características de la convivencia que se exige para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 41.637 del 24 de enero de 2012 con ponencia de la Magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón señaló:



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

“...Cierto es que el literal a) de la aludida disposición es inequívoco en la exigencia de que tanto el cónyuge como la o el compañero permanente supérstite acredite que hizo una vida marital por lo menos 5 años continuos con anterioridad a la muerte y, justamente, bajo esa hermenéutica, esta Sala de la Corte ha señalado sobre la imposibilidad de acceder al reconocimiento de esta prestación a quien no haya demostrado que, en efecto, existió una verdadera comunidad de vida.

Ello bajo un estricto criterio material, sustentado en la finalidad de la pensión de sobrevivientes, que no es otra que la de coadyuvar a los objetivos de la seguridad social, entre los cuales se encuentra dar soporte y ayuda a los miembros del grupo, que se ven abocados a la pérdida no sólo de un ser querido, sino en la mayoría de los casos, a la orfandad de quien proveía el mantenimiento económico del hogar, situación que, a no dudarlo, afecta en muchos de los eventos sus condiciones de vida.

Esta Sala ha considerado que ese reconocimiento debe estar precedido de una comprobación fáctica, relativa a que quienes aspiren a ser titulares de la prestación, hayan mantenido una real convivencia y solidaridad afectiva, en amparo del nuevo concepto que incorporó al ordenamiento jurídico la Carta Política en su artículo 42, al darle prevalencia a los vínculos naturales o jurídicos, en los que, indispensablemente, estuviera inmersa la decisión libre de una pareja de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, y ello irradió la legislación laboral, que varió el formalismo y le dio preponderancia a los verdaderos lazos que deben regir una unión, en donde la permanencia, la constancia y la perseverancia, logran construir una verdadera comunidad de vida, excluyendo cualquier tipo de discriminación o prerrogativas, respecto del cónyuge sobre el compañero o compañera permanente, pues tales distinciones no se acompañan con los valores y principios del Estado Social de Derecho...

...Sobre la correcta interpretación de la parte pertinente de la norma que se acaba de transcribir, que como se dijo introdujo modificaciones al artículo 47 de la Ley 100



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de 1993, la Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse y referirse al grupo de beneficiarios que interesan al presente recurso extraordinario, esto es, el cónyuge y la compañera o compañero permanente. Así, en sentencia calendada 20 de mayo de 2008 radicado 32393, donde se rememoró la decisión del 5 de abril de 2005 radicación 22560, se adoctrinó que frente al "...nuevo texto de la norma, mantiene la Sala su posición de que es ineludible al cónyuge supérstite o compañero (a) permanente, la demostración de la existencia de esa convivencia derivada del vínculo afectivo con el pensionado o afiliado al momento de su fallecimiento y, por lo menos, durante los cinco años continuos antes de éste", porque de perderse esa vocación de convivencia, al desaparecer la vida en común de la pareja o su vínculo afectivo, deja de ser miembro del grupo familiar del otro, y en estas circunstancias igualmente deja de ser beneficiario de su pensión de sobrevivientes..."

En la sentencia SL 4925 del 22 de abril de 2015 con ponencia de la Magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón señaló la Corporación:

"...El alcance de dicha norma, y la equiparación de pensionado y afiliado ha sido objeto de pronunciamientos consistentes por parte de esta Sala, al estimar que la convivencia es un requisito indispensable para el otorgamiento de la prestación, en la medida en que ello es lo que privilegia el sistema de seguridad social, esto es los lazos familiares perdurables de los que se deriva que la ausencia física tiene unas consecuencias en la vida de la pareja que no pueden pasar desapercibidas, y en la que no es suficiente demostrar un vínculo jurídico.

Para el efecto son válidos los argumentos de la decisión CSJ SL 23, feb, 2007, rad. 29922, que tienen plena aplicación al caso controvertido:

...3. Ha de reiterar la Corte que la pensión de sobrevivientes tiene un incuestionable soporte teleológico: la protección de la familia. Y familia no es forma, sino substancia. No es apariencia o virtualidad, sino realidad...



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

En cuanto a la Ley 100 de 1993, en sentencia del 10 de mayo de 2005 (radicación 24445) tuvo oportunidad la Sala de Casación Laboral de explicar los alcances de la finalidad de la pensión de sobrevivientes. Así se pronunció la Corte:

“El artículo 47 de la Ley 100 de 1993 al establecer que el cónyuge o compañero permanente supérstite son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los equipara en razón a la condición que les es común para ser beneficiarios: ser miembros del grupo familiar. No significa ello que se desconozca la trascendencia de la formalización del vínculo en otros ámbitos, como para la filiación en el derecho de familia, o para quien lo asume como deber religioso por su valor sacramental, sino que se trata de darle una justa estimación a la vivencia familiar dentro de las instituciones de la seguridad social, en especial la de la pensión de sobrevivientes, que como expresión de solidaridad social no difiere en lo esencial del socorro a las viudas y los huérfanos ante las carencias surgidas por la muerte del esposo y padre; es obvio que el amparo que ha motivado, desde siglos atrás, estas que fueron una de las primeras manifestaciones de la seguridad social, es la protección del grupo familiar que en razón de la muerte de su esposo o padre, o hijo, hubiesen perdido su apoyo y sostén cotidiano, pero no para quien esa muerte no es causa de necesidad, por tratarse de la titularidad formal de cónyuge vaciada de asistencia mutua.

Sentencia SL 1399 del 25 de abril de 2018 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO:

“...Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

SL, 14 jun. 2011, rad. 31605). Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida..."

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, advierte esta colegiatura que le asistió razón a la señora juez de primera instancia en declarar la titularidad del derecho de la sustitución pensional a favor de la señora MARÍA ERNESTINA MONTENEGRO, pues valorados y apreciados de manera razonada e íntegra los medios de prueba y concretamente los testimonios practicados, se llega a la convicción de que el causante y la señora MARÍA ERNESTINA MONTENEGRO sostuvieron una convivencia continua y permanente, por lo menos desde el año 1994 hasta la fecha del deceso del señor MARIO HÉCTOR CASTILLO ARCINIEGAS ocurrida el 21 de enero de 2019, es así que de manera concordante el dicho de la demandante se acompasa con las declaraciones de las deponentes, quienes tienen el conocimiento directo de la convivencia que existió entre la pareja; la señora EDILIA LAGOS fue su arrendadora entre el año 1994 y el 2000 y tuvo conocimiento de la continuidad de la relación hasta el fallecimiento del causante debido a los lazos de amistad y las visitas continuas al lugar de habitación de la pareja, así mismo se escuchó a la segunda arrendadora entre el año 2004 hasta el deceso del señor HECTOR MARIO, la señora DIANA MARCELA CERÓN CORRALES quien vivió en la misma casa de los compañeros pero en apartamentos diferentes, por lo que también le constan las circunstancias en que se desarrolló la convivencia, ambas testigos coincidieron en referir que el causante se desempeñó como portero, era la persona encargada de sufragar los gastos del hogar y tenía a su cargo el pago de los cánones de arrendamiento.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Aunado a lo anterior, la testigo ANDREA CASTILLO MONTENEGRO, en su condición de hija del causante y de la promotora de la litis, también aseguró de manera libre y espontánea que sus progenitores convivieron bajo el mismo techo hasta el deceso de su padre, siendo el último lugar de domicilio el barrio Santa Isabel, convivencia que se desarrolló de manera permanente y continua y, en ese orden, quién mejor que los miembros del núcleo familiar para que sean testigos de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló la convivencia, máxime si son personas que conviven bajo el mismo techo como en este caso.

Se reitera entonces que para la Sala la decisión de la a quo fue acertada a pesar de los reparos ventilados por el apoderado de COLPENSIONES en su recurso de alzada, pues además de la credibilidad de los testimonios vertidos en primera instancia, no obra dentro del proceso la investigación administrativa adelantada por dicha entidad con fundamento en la cual se resolvió negar la prestación económica solicitada por la actora y que constituye el sustento de la apelación, lo que impide a esta colegiatura efectuar un análisis diferente al que se hizo.

Son suficientes las anteriores razones para confirmar la sentencia objeto de apelación y de consulta. COSTAS en esta instancia a cargo de la apelante COLPENSIONES en la suma de \$400.000 como agencias en derecho.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de agosto de 2020 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de COLPENSIONES en la suma de \$400.000 por concepto de agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ

Magistrada

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 28 2019 00448 01
Demandante: GUSTAVO VERBEL MOQUE
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR
Magistrado Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA identificada con la C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820, conforme el poder general otorgado mediante la escritura pública No. 120 del 1º de febrero de 2021 y como su apoderada sustituta se reconoce a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con la C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 conforme la sustitución del poder otorgada, documentos aportados por correo electrónico.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES respecto de la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito Laboral del Circuito de Bogotá.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ANTECEDENTES:

1. DEMANDA

El señor GUSTAVO VERBEL MOQUE formuló demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia y nulidad de su afiliación al régimen de ahorro individual, se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y en consecuencia, se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes y rendimientos sin efectuar descuento de ningún tipo, se condene a COLPENSIONES a activar su afiliación al RPMPD y a reconocer y pagar la pensión de vejez junto con el retroactivo pensional desde el momento en que efectuó la reclamación, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y en subsidio la indexación de las mesadas causadas.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, el demandante refirió en síntesis que nació el 1º de noviembre de 1955 y toda su vida ha trabajado en medios de radiodifusión nacional, que el 28 de mayo de 2004 se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con la suscripción del formulario de afiliación a la AFP PORVENIR en las instalaciones de la cadena de radio Super, en donde lo forzaron a firmar el formulario al iniciar labores por directriz del jefe de personal. Refirió que debía cumplir cinco años para efectuar el traslado al régimen de prima media, es decir hasta el año 2009, pero los 10 años antes del cumplimiento de la edad tuvieron lugar en el año 2007, por lo que le era imposible trasladarse para dicha data. De otro lado manifestó que según proyección pensional efectuada el 25 de junio de 2018 devengaría en PORVENIR una mesada de \$986.400 al momento de cumplir 63 años de edad y que al efectuar la liquidación le correspondería en el



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

régimen de prima media una suma de \$3'438.957, por lo que existe un detrimento patrimonial ante la diferencia de las dos mesadas pensionales.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida y notificada la demanda, COLPENSIONES la contestó oponiéndose a las pretensiones, por cuanto además de ser inapropiadas y desacertadas, el origen de la acción no es la falta de información sino la inconformidad respecto de la mesada pensional que recibiría en cada régimen y con su conducta además de afectar, vulnerar y sobrecargar el régimen de prima media con prestación definida, busca aprovecharse de los beneficios y dineros del fondo común de los afiliados de buena fe que hacen parte del régimen administrado por Colpensiones. Formuló las excepciones denominadas: 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 y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

PORVENIR se opuso a las súplicas de la demanda bajo el argumento que la afiliación de la parte demandante fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación en la que se observa la declaración escrita a la que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Además, señaló que por tratarse de un sistema público y obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad se encuentran definidas y establecidas en su totalidad por la ley, sin que le esté dado a las partes pactar condiciones diferentes. Que en gracia de discusión, PORVENIR siempre garantizó el derecho de retracto de la parte actora, como lo dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994 y el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003. Igualmente, arguyó que en todo caso no es dable desde ningún punto de vista declarar la nulidad de la afiliación, más aún cuando el demandante se



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

encuentra inmerso en la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Formuló las excepciones que denominó: prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 25 de noviembre de 2020 DECLARÓ la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor GUSTAVO VERBEL MOQUE con fecha 28 de mayo de 2004 por intermedio de la AFP PORVENIR y en consecuencia, DECLARÓ como válida la afiliación al RPMPD administrado por COLPENSIONES; CONDENÓ a PORVENIR a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones y bonos pensionales de su cuenta de ahorro pensional a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia; CONDENÓ a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media y a actualizar su historia laboral. Asimismo, CONDENÓ a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez al demandante a partir del 01 de abril de 2019, para cuyo cálculo dispuso tener en cuenta el IBL previsto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993 por contar con más de 1250 semanas cotizadas y la tasa de reemplazo prevista por el artículo 34 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la ley 797 de 2003, en 13 mesadas al año, junto con los reajustes e incrementos legales anuales, retroactivo que deberá cancelarse de manera indexada, AUTORIZÓ a COLPENSIONES a descontar el porcentaje que en derecho corresponda con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

Para arribar a dicha conclusión, señaló que, conforme a la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre, no se acreditó que el demandante hubiese recibido la información de la AFP PORVENIR sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen, que en interrogatorio rendido por el demandante afirmó que no medió asesoría de PORVENIR sino que directamente se efectuó el traslado a través de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

la oficina de recursos humanos de su empleador y solo cuatro años después se percató que el formulario que había suscrito correspondía al traslado de régimen, a su turno, la representante de PORVENIR en su interrogatorio de parte aseguró que no existía otro documento más allá del formulario de afiliación al momento del traslado, pero que la asesoría debió brindarse de manera verbal por no existir obligación legal para documentar la información brindada y, en ese orden, la juez precisó que de los medios de convicción aportados al proceso y analizados en conjunto se colige que la AFP no acreditó haberle suministrado una información clara, precisa y detallada al demandante sobre el traslado de régimen, lo que constituye una falta al deber de información, máxime si se tiene en cuenta que el actor señaló que no hubo ningún asesor que suministrara la información al momento de la afiliación. Así mismo, refirió que el formulario de afiliación donde se relaciona la voluntad de la escogencia de régimen no resulta ser un medio idóneo de donde se desprenda la información brindada al demandante, esto es ventajas y desventajas del traslado, pues a lo sumo acredita un consentimiento pero no informado.

En relación al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, señaló que el demandante acreditó los requisitos del artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 de 2003 por cumplir los 62 años el 1º de noviembre de 2017 y acumular un total de 1.140,71 semanas cotizadas en Colpensiones a las cuales se deben adicionar las 633 semanas reconocidas por la AFP PORVENIR, para un total del 1773 semanas y como quiera que efectuó cotizaciones hasta el mes de marzo de 2019 reconoció la pensión desde el 1º de abril del mismo año.

5. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de PORVENIR interpuso recurso de apelación a fin de que sea revocada, al considerar que el traslado de régimen efectuado por el demandante cumplió con todos los estándares legales para la época, adicional a ello se brindó toda la información de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

manera verbal, sin embargo se declaró la ineficacia de acuerdo con el artículo 271 de la ley 100 de 1993 que la establece cuando existen actos dolosos que no fueron probados dentro del proceso. Además de ello arguyó que el formulario de afiliación no puede verse como un simple formato y, por el contrario, nace en cumplimiento de la ley 100 de 1993 que en su artículo 14 señala que cuando se hace el traslado de régimen se debe hacer por escrito y manifestar que se efectúa de forma libre y voluntaria, tal como lo hizo la AFP, además que en ese formulario se estipularon claras características que, de haberse leído por el actor, hubiera validado que efectivamente realizó un cambio de régimen. Adicional a ello, refirió que el demandante está inmerso en la prohibición legal que establece la ley 797 de 2003 para trasladarse, norma declarada exequible por la Corte Constitucional previendo aspectos de interés general por encima del particular ante la protección del sistema general de pensiones, no descapitalización del régimen de prima media y el principio de estabilidad financiera en el RAIS. Refirió que el actor se escuda en una supuesta falta de información, cuando ha permanecido durante quince años con PORVENIR sin que tuviera ninguna inconformidad, solo porque su plan de pensión no resultó acorde con sus intereses. Finalmente señaló sobre los gastos de administración, que también en el régimen de prima media se destina el 3% por dicho concepto y no forman parte integral de la pensión de vejez por lo que están sujetos al fenómeno de la prescripción, también resaltó que la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto del 17 de enero de 2000, relacionó los dineros que deben trasladarse en caso de ineficacia y no incluyó los conceptos de gastos de administración o sumas de prima previsional por ser emolumentos que ya se causaron y se encuentran cubiertos.

COLPENSIONES interpuso igualmente recurso de alzada bajo el argumento que teniendo en cuenta que la solicitud se dirige hacia la ineficacia y no la nulidad, se evidencia que en el transcurso del tiempo que el demandante estuvo afiliado al RAIS, nunca ejerció actos que mostraran su intención de no pertenecer a la AFP, que a la fecha tiene una densidad considerable de años en ese régimen pensional y no se evidencia que las alegadas falencias, engaños o falta de información sean contrarias al perfeccionamiento del acto ineficaz de que trata el artículo 898 del



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Código de Comercio y la sentencia SL 413 de 2018 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que solicita que se autorice el reclamo de los perjuicios en atención a los dineros que debe desembolsar por concepto de retroactivo indexado e igualmente se remita la providencia al Ministerio de Protección Social para la sanción de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

El proceso se envió también en CONSULTA de la sentencia por haber sido adversa a una entidad pública de la que la Nación es garante, en los términos del artículo 69 del CPT y SS.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y las partes formularon alegatos de conclusión en el término legal, los cuales obran por escrito dentro del expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse INEFICAZ el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el señor GUSTAVO VERBEL MOQUE, por ende, deben trasladarse los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual en PORVENIR S.A., al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES?



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PREMISAS NORMATIVAS

Sentencia 31989 de la Sala de Casación Laboral de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA del 09 de septiembre de 2008, con ponencia del Magistrado EDUARDO LOPEZ VILLEGAS.

Sentencia 33083 del 22 de noviembre de 2011, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 19447 de 2017 con ponencia del magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, con ponencia del Magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 3464 del 14 de agosto de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1467 del 21 de abril de 2021, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que el demandante estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES desde el 19 de julio de 1978 hasta el 31 de enero de 2004, conforme reporte de semanas de cotización de folios 31 a 34, que se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP PORVENIR con la suscripción del formulario de afiliación el día 28 de mayo de 2004 (folio 36), único documento que obra como prueba del acto de traslado conforme lo señaló la representante de PORVENIR al absolver el interrogatorio de parte.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, a juicio de esta Sala, PORVENIR S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada al afiliado al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a esa demandada y no al demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. y que acoge la Sala de esta Corporación, pues 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, la única prueba con la cual la administradora demandada pretendió demostrar la debida información otorgada al señor GUSTAVO VERBEL MOQUE fue con la suscripción del formulario de afiliación que tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el que no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor, por lo que, en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que debía manifestar el demandante al trasladarse al RAIS, como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias tomadas como premisas normativas.

Se concluye entonces que PORVENIR S.A. incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa al demandante y tal omisión



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional y permanecer en él, por lo que además incumplió su deber de buen consejo y asesoría y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, obligación que, *es un deber exigible desde su creación* tal como lo ha aclarado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial que se toma como premisa normativa, “...*para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*”

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014)...” (Sentencia SL 1688 – 2019).

Ahora bien, la línea jurisprudencial frente al deber de información de las administradoras, la carga probatoria de ellas ante el afiliado lego que solicita el traslado y la obligación de que exista un consentimiento informado para tomar la decisión libre y voluntaria de trasladarse al RAIS, no sufre variaciones cuando se trata de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición o que no tuvieran una expectativa de derecho pensional cuando solicitaron el traslado o un derecho adquirido a la pensión, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

tienen establecido que se deba contar con ello para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información sino que, por el contrario, la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

En ese orden, en el presente asunto el traslado de régimen resulta ineficaz y al ser la consecuencia que no produce efecto alguno, tampoco se aplica la prohibición de traslado entre regímenes si faltan menos de 10 años para obtener la edad para la pensión.

De otro lado, es dable precisar que, conforme a lo sentado por el máximo tribunal, en la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado, se deben incluir los descuentos efectuados por gastos de administración y comisiones así como los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 6464 – 2019 en los siguientes términos:

“2. Las consecuencias prácticas de la ineficacia

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Ahora bien, como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él para dilucidar el problema planteado:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Igualmente, en reciente sentencia SL1467-2021 se indicó que: *“...en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”*.

Así las cosas, resulta acertada la decisión del a quo al incluir en la condena los descuentos por gastos de administración, como consecuencia de la afiliación al RAIS, los cuales no pueden beneficiar a las administradoras, toda vez que, se reitera, el efecto de la ineficacia es que el acto jurídico de traslado desaparece y las cosas vuelven al estado inicial, de manera pues que no existe razón jurídica válida para que no se ordene su devolución a la verdadera administradora de pensiones a la que debió continuar afiliado el demandante de no haber sido por la omisión y el incumplimiento de las obligaciones de la AFP que debe asumir las consecuencias de tal conducta.

Corolario de lo anterior, advierte la Sala que la decisión adoptada en primera instancia no afecta el principio de la sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, pues como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2019:

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con el cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros”.

Quiere decir lo anterior que la AFP devolverá a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación del accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, independientemente de si ha cotizado a una administradora de pensiones pública o privada, debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación al RAIS nunca existió, por lo que la administradora actual del demandante tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado al régimen de ahorro individual que posea el accionante hasta que se haga efectivo el traslado, en los términos indicados con anterioridad.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción que se declaró no probada en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial y de cara a lo señalado por PORVENIR, la imprescriptibilidad también incluye los gastos de administración, pues el propósito de la ineficacia es retrotraer la situación como si el acto nunca hubiere ocurrido y además, conforme se indicó, dichos rubros garantizan que no se vulnere la sostenibilidad financiera del sistema como consecuencia del traslado.

En atención a lo expuesto, se ha de CONFIRMAR la decisión en lo que respecta a la declaratoria de la ineficacia con el consecuente traslado en los términos señalados en la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

¿El demandante cumple con los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de vejez establecida en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003?

PREMISAS FÁCTICAS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que el señor GUSTAVO VERBEL MOQUE nació el 1º de noviembre de 1955 por lo que cumplió los 62 años de edad el mismo día y mes del año 2017, que conforme al reporte de semanas cotizadas en pensiones de COLPENSIONES cuenta con un total de 1140 semanas reportadas entre el 19 de julio de 1978 y el 31 de enero de 2004 (folios 31 a 34) y en la historia laboral de la AFP PORVENIR se relaciona un total de 633 semanas



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

desde mayo de 2004 hasta marzo de 2019 (folios 26 a 30), para un total de 1.773 semanas cotizadas.

PREMISAS NORMATIVAS

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, al tenor literal establece:

“Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. 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”.

CONCLUSIÓN

En atención a las anteriores premisas fácticas y normativas, se advierte con claridad que el promotor de la litis acredita los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, por contar con más de 62 años de edad y más de las 1.300 semanas cotizadas, por lo que resulta acertada la decisión del a quo de condenar a su reconocimiento conforme a lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, sin embargo, el pago de la prestación económica se ordenará desde la fecha en que se acredite la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

desafiliación al sistema del demandante y no desde el 1º de abril de 2019 como se dispuso, pues si bien, según la historia laboral, la última cotización del demandante data de marzo de 2019, ello no se traduce en el retiro del sistema si se tiene en cuenta que la generación de dicho documento fue en el mes de abril de 2019, por lo que resulta lógico que tan solo se reflejen las semanas cotizadas hasta el mes anterior, esto es marzo de 2019 y, en ese orden, lo que se desprende es que para la fecha en que se generó la historia laboral, el señor GUSTAVO VERBEL MOQUE aún era activo cotizante y por ende, en esta instancia judicial no se tiene certeza del estado de su afiliación al sistema a efectos de establecer con claridad la fecha de efectividad del pago de la pensión y el cálculo de la mesada inicial, razones por las cuales se MODIFICARÁ la decisión en sede de consulta, en el sentido de ordenar el reconocimiento y pago de la pensión a partir de la fecha en que se acredite la desafiliación al sistema.

Finalmente no resta aclarar que las solicitudes esgrimidas por Colpensiones al momento de interponer el recurso de alzada correspondientes a la remisión de la sentencia al Ministerio de la Protección Social y al pago de perjuicios en atención a los dineros que debe desembolsar por concepto de retroactivo, no pueden ser objeto de pronunciamiento pues no corresponden a situaciones ventiladas en el trámite de primera instancia por dicha entidad.

Se CONDENA en COSTAS a PORVENIR S.A. y a favor del demandante en la suma de \$400.000 por concepto de agencias en derecho.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de noviembre de 2020, en el sentido de ordenar a COLPENSIONES que reconozca y pague la pensión de vejez al señor GUSTAVO VERBEL MOQUE a partir de su desafiliación al Sistema General de Pensiones, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. en la suma de \$400.00 por concepto de agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral: 1100131050 35 2015 00789 01
Demandante: JESÚS ARMANDO GÓNGORA ALBORNOZ
Demandados: ASESORES EN DERECHO SAS
PROTECCIÓN S.A.
FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS
FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y
CREDITO PÚBLICO

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por el DEMANDANTE y las demandadas FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., ASESORES EN DERECHO SAS y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de agosto de 2020.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El señor JESUS ARMANDO GONGORA ALBORNOZ formuló demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de ASESORES EN DERECHO SAS, PROTECCIÓN S.A., la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

COLOMBIA, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO, para que, previo el trámite de un proceso ordinario laboral, se CONDENE a ASESORES EN DERECHO SAS, como mandataria con representación de PANFLOTA, a expedir la resolución del bono pensional o cálculo actuarial que le corresponda por el tiempo laborado en la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA S.A.; se CONDENE a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., como vocera y administradora de PANFLOTA a pagar a PROTECCIÓN S.A. el referido título pensional o cálculo actuarial; se CONDENE a PROTECCIÓN S.A. a tener en cuenta el tiempo laborado por el actor en la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. para efectos pensionales. Finalmente, se CONDENE a las demandadas a pagar al demandante los intereses de mora a que haya lugar, así como los perjuicios materiales y morales ocasionados por el incumplimiento en el pago del título pensional o cálculo actuarial.

Subsidiariamente solicitó que las mismas condenas se fulminen en contra de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO.

2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó el demandante que laboró para la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 1º de marzo de 1984 hasta el 1º de septiembre de 1997, tiempo respecto del cual solo se efectuaron cotizaciones al Sistema Pensional desde el 15 de septiembre de 1990. La referida entidad se encuentra actualmente cerrada y no dejó capital ni reservas para cubrir las contingencias laborales ni pensionales de sus trabajadores.

Teniendo en cuenta lo anterior y con fundamento en pronunciamientos legales y jurisprudenciales, considera que son las demandadas las llamadas a efectuar el cálculo actuarial y pagarlo ante la entidad que actualmente administra sus aportes



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

al sistema general de pensiones, a efectos que se le tenga en cuenta el tiempo laborado con la entidad referida para efectos pensionales.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Debidamente notificadas las demandadas y corrido el traslado de rigor, la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO se opuso a la declaratoria de responsabilidad subsidiaria pretendida teniendo en cuenta que esa cartera ministerial está facultada exclusivamente para ejercer las funciones expresamente señaladas en la ley, dentro de las cuales no está la de pagar bonos o títulos pensionales por tiempos laborados a la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A., ni tampoco la de definir controversias entre la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. y sus extrabajadores o socios como la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA. Formuló como excepciones las que denominó indebida vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, inexistencia de obligación alguna del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda y falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva.

La FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la entidad como vocera del PAR PANFLOTA, no asumió la posición ni es el subrogatario, cesionario o sucesor procesal de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, sino que simplemente administra los recursos transferidos por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y como quiera que el vínculo entre la FIDUCIARIA y la COMPAÑÍA FLOTA MERCANTE es exclusivamente contractual, sus obligaciones están enmarcadas en el contenido del contrato de fiducia, así las cosas, solo puede realizar pagos de mesadas pensionales y de los aportes a las EPS y, en estos casos, el patrimonio autónomo solo sirve de instrumento o vehículo para realizar el pago y no asume las obligaciones pecuniarias de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE. Finalmente explicó que PANFLOTA no es un patrimonio autónomo de remanentes y es la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO DEL CAFÉ quien tiene el deber de girar los recursos para cancelar las mesadas causadas y no pagadas a partir del 1º de junio de 2001, de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU 1023 de 2001. Formuló como excepción la de inexistencia de la obligación.

ASESORES EN DERECHO SAS se opuso a las pretensiones de la demanda por cuanto en virtud del contrato de mandato No. 9264-001-2014, esta demandada solo actúa como mandataria con representación PANFLOTA y no existe representación legal, ni capacidad para ser parte ni comparecer al proceso, en representación de una persona jurídica inexistente, dada la terminación del proceso liquidatorio adelantado por la Superintendencia de Sociedades. Formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación para proteger el derecho amparado por la sentencia 2013-00627-01 proferida por el H. Consejo de Estado, inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIFM cerrada, el ISS no había asumido los riesgos IVM, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, oposición a la condena de costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante.

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a la pretensión de que se tenga en cuenta el tiempo laborado por el actor a la Flota Mercante Grancolombiana S.A., pues no aparecen cotizaciones de esa persona jurídica y si lo que pretende el señor GONGORA ALBORNOZ es que el tiempo de servicio en la referida empresa sea tenido en cuenta para la liquidación de un bono pensional, no le corresponde a PROTECCIÓN S.A. efectuar su liquidación. Se opuso asimismo al pago de perjuicios solicitados por no estar demostrado en el plenario que los mismos se hayan causado y menos por PROTECCIÓN. Se opuso asimismo al pago de intereses moratorios como quiera que no se ha retardado el pago de prestación alguna al actor. Formuló como excepciones las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido y prescripción.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

La FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA se opuso a las pretensiones de la demanda por cuanto al demandante no le asiste derecho al cálculo actuarial o título pensional que reclama, además porque la FEDERACIÓN no puede ser condenada por la responsabilidad subsidiaria que se pregona por cuanto no es la matriz o controlante de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, por no ser titular del dominio y propiedad del Fondo Nacional del Café sino su administradora. Además porque no fueron las decisiones de la demandada las causantes del infortunio de la FLOTA sino la supresión de la reserva de carga en los años 1990, ordenadas por el Gobierno Nacional y el Congreso de la República. Formuló como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, falta de legitimación en la causa y límite patrimonial de la responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz con relación a su subordinada que entra en insolvencia.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 18 de agosto de 2020 CONDENÓ a ASESORES EN DERECHO SAS como mandataria con representación con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA a expedir el acto administrativo contentivo del cálculo actuarial del demandante por el tiempo laborado y no cotizado en la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante desde el 1º de marzo de 1984 hasta el 13 de septiembre de 1990; a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en calidad de vocera y administradora del PANFLOTA a pagar el referido cálculo actuarial; a PROTECCIÓN a que, previo recibo a satisfacción del cálculo actuarial, incluya el tiempo laborado por el demandante dentro del reporte de semanas con destino al reconocimiento de la pensión del actor; a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS al pago subsidiario del cálculo actuarial por el tiempo laborado por el actor a la CIFM.

Para así decidir, indicó en primer lugar que está demostrado el contrato de trabajo entre el señor JESUS ARMANDO GONGORA ALBORNOZ y la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE desde el 1º de marzo de 1984 hasta



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

el 1º de septiembre de 1997, período en el cual la extinta empleadora realizó aportes al sistema de pensiones solo desde el 14 de septiembre de 1990 hasta el 30 de septiembre de 1999, no aparece en cambio soporte de pago desde el 1º de marzo de 1984 hasta el 13 de septiembre de 1990, período respecto del cual señaló que si bien es cierto para el personal del mar surgió la obligación de afiliación el 15 de agosto de 1990, también lo es que la empleadora debió hacer los provisionamientos de capital necesarios para que se hicieran los aportes al sistema de pensiones cuando entrara a regir, pues la empresa no se exoneraba de la obligación pensional de sus trabajadores, por lo que se debe condenar al pago del llamado cálculo actuarial. Para determinar el salario sobre el cual debe elaborarse el cálculo actuarial, estableció el a quo los salarios devengados en cada periodo por el actor así:

| | |
|--|------------|
| 1º de marzo de 1984 al 12 de noviembre de 1984 | 111,20 USD |
| 13 de noviembre de 1984 al 27 de julio de 1985 | 299,23 USD |
| 28 de julio de 1985 al 15 de diciembre de 1986 | 333,41 USD |
| 16 de diciembre de 1986 al 25 de febrero de 1987 | 369,54 USD |
| 26 de febrero de 1987 al 29 de mayo de 1987 | 333,41 USD |
| 30 de mayo de 1987 al 5 de diciembre de 1988 | 351,36 USD |
| 6 de diciembre de 1988 al 29 de enero de 1989 | 414 USD |
| 30 de enero de 1989 al 27 de julio de 1989 | 373 USD |
| 28 de julio de 1989 al 10 de septiembre de 1989 | 396 USD |
| 11 de septiembre de 1989 al 13 de septiembre de 1989 | 439 USD |
| 14 de septiembre de 1989 al 19 de septiembre de 1989 | 396 USD |
| 20 de septiembre de 1989 al 15 de febrero de 1990 | 439 USD |
| 16 de febrero de 1990 al 7 de junio de 1990 | 396 USD |
| 8 de junio de 1990 al 5 de septiembre de 1990 | 420 USD |
| 6 de septiembre de 1990 al 13 de septiembre de 1990 | 466 USD |

Y dispuso determinar el valor en pesos de estas erogaciones conforme a la tasa establecida por el Banco de la República para cada uno de los meses desde el 1º



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de marzo de 1984 hasta el 13 de septiembre de 1990, sin que exceda las tablas y categorías de aportes del Instituto de Seguros Sociales.

Respecto a la entidad llamada a pagar el cálculo actuarial ante la extinción de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE consideró el a quo que debe condenarse a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. teniendo en cuenta las obligaciones adquiridas por la referida demandada en la cláusula 4ª del contrato de fiducia mercantil celebrado entre la CIFM y la fiduciaria La Previsora S.A.

En cuanto a la entidad que debe elaborar el cálculo actuarial, es la sociedad ASESORES EN DERECHO SAS teniendo en cuenta que comparece al proceso como mandataria con representación de PANFLOTA en virtud de la obligación adquirida en el contrato de mandato con representación del 21 de agosto de 2014 de expedir cualquier acto administrativo relacionado con cualquier trámite pensional de los trabajadores de la CIFM y por su parte PROTECCIÓN S.A. debe ingresar el tiempo laborado por el demandante a la CIFM a su historia laboral para efectos pensionales.

Finalmente, con fundamento en la presunción contenida en el artículo 148 de la ley 222 de 1995, la situación de control que ejercía la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS respecto de la CIFM y que no desvirtuó la FEDERACIÓN la presunción de responsabilidad como quiera que los argumentos esbozados por ella solo demuestran el estado financiero de la entidad extinta, sin que se evidencie la toma de decisiones referentes al mejoramiento de dicha empresa, declaró la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante respecto de la subordinada por lo que la condenó a responder de manera subsidiaria por el pago del cálculo actuarial correspondiente al tiempo laborado por el señor GONGORA ALBORNOZ para la CIFM.

No condenó a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO teniendo en cuenta que se condenó subsidiariamente a la FEDERACIÓN



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA. Finalmente, absolvió de condena al pago de la indemnización solicitada por cuanto el actor no determinó dicha indemnización ni las causas que la generarían, pero los intereses que se generen por la elaboración del cálculo deberán ser sufragados por quienes han sido llamados a efectuar el pago. Declaró no probada la excepción de prescripción, por cuanto se trata de aportes al sistema general de pensiones que son imprescriptibles.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte actora interpuso el recurso de apelación teniendo en cuenta que el juzgado solo tuvo en cuenta el salario básico del actor para la elaboración del cálculo actuarial y no la prima de antigüedad que está establecida en la convención colectiva de trabajo de 1957 modificada por el laudo arbitral de 1976 y de 1981 y está contemplada en la convención colectiva de 1993, la de alimentación y alojamiento que fue creada desde 1957 y está contemplada en la cláusula b del contrato de trabajo modificada por la convención de 1988 a 1991, así como el 8,33 de las primas de servicio atendiendo el pacto de Nueva York suscrito por las partes y que fue ratificado por el laudo arbitral de 1981. Además de lo anterior, en cumplimiento al parágrafo del artículo 4º del decreto 1887 y de la sentencia C – 704 de 2005 al trabajador debía tenerse en cuenta el último salario devengado para efectos de la elaboración del cálculo actuarial ordenado. Indicó que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe continuar porque es el dueño de la empresa, quedó demostrado dentro del plenario que el Fondo Nacional del Café hace parte del estado colombiano, precisamente en cumplimiento de la ley 4ª de 1962 se indicó que el estado colombiano se haría dueño de esas deudas por lo que si desaparece el Fondo Nacional del Café, tiene que ser el estado colombiano el que asuma esas deudas, además hoy existe un proyecto de ley en el cual se ordena que el estado colombiano se haga cargo de las pensiones de los trabajadores de la Flota Mercante Grancolombiana. Agregó que la Fiduciaria La Previsora debe continuar también incluida porque es la que debe pagar en últimas el cálculo actuarial, que si bien la FEDERACIÓN es la que



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

suministra los dineros, es la FIDUCIARIA la que debe pagarlos como lo estableció el juez del concurso. En relación con PROTECCIÓN S.A. explicó que es la que debe elaborar el cálculo actuarial, porque se efectúa a satisfacción de la administradora de pensiones a la que esté afiliado el trabajador.

La FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. interpuso también el medio de impugnación teniendo en cuenta que al declarar a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS solamente como responsable subsidiario, se desconocen las decisiones tomadas por la Superintendencia de Sociedades como juez del concurso, cuyos autos que se profirieron en el proceso de liquidación de la CIFM no se tuvieron en cuenta por el a quo. Considera asimismo que se violó el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, pues la sentencia SU 1023 de 2001 señaló que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA tiene el deber de destinar los dineros suficientes y necesarios para garantizar las mesadas pensionales causadas y las que sean exigibles a futuro. Así las cosas el a quo omitió dar por probado que el garante de las obligaciones dinerarias de los pensionados de la extinta Flota Mercante es la FEDERACIÓN y no el patrimonio autónomo PANFLOTA que solo fungió como un mecanismo de terminación del proceso concursal de la Flota. Consideró que también se violó el principio de inescindibilidad que obliga al juez a la utilización íntegra de las normas aplicables sin que pueda admitirse el uso de normas fragmentarias tomando lo más favorable de cada una de ellas, pues se omitió aplicar íntegramente las consecuencias jurídicas de la responsabilidad subsidiaria, al radicar la obligación de pago principalmente en el fideicomiso panflota y secundariamente en la FEDERACIÓN sin tener en cuenta lo estipulado en el artículo 61 ley 1116 de 2006. En cuanto a la condena en costas solicitó que se revoque por cuanto no se aplicó en debida forma el artículo 365 del C.G.P.

ASESORES EN DERECHO SAS también presentó recurso de apelación por cuanto se desconocieron las obligaciones otorgadas a la demandada conforme el contrato de mandato suscrito, pues no está incluida la de elaboración de cálculos actuariales sino que esta obligación se encuentra en cabeza de las



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

administradoras de pensiones a las que están afiliados los ex trabajadores de la Flota, condenándose así a actuar más allá de las obligaciones consagradas en el contrato de mandato. Asimismo la naturaleza de la sociedad no permite considerar que sus resoluciones son actos administrativos sino que se trata de actos de naturaleza privada.

La FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA interpuso el recurso de apelación con los siguientes argumentos: solicitó que se realice un nuevo estudio respecto de la figura de la responsabilidad subsidiaria de la FEDERACIÓN, por cuanto con los medios probatorios suministrados queda plenamente demostrado que la situación de infortunio de la extinta compañía fue producto de situaciones exógenas a la FEDERACION y que los órganos de dirección de la extinta compañía adoptaron todas las medidas en materia de política gerencial y administrativa para sobrellevar esa situación. Solicitó que se tenga en cuenta la pauta doctrinaria emitida por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 15 de febrero de 2001 en donde se deja establecido que no es la FEDERACION la llamada a hacerse cargo de las obligaciones salariales y prestacionales de la extinta CIFM. Solicitó que se tenga en cuenta la connotación parafiscal de los recursos del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y la incidencia de esta particular condición y la forma como deben ser adoptadas las decisiones al interior del referido FONDO. Hizo un llamado a que se aborde de una manera diferenciadora este tipo de decisiones judiciales: en primer término que se tenga en cuenta que el señor demandante no acudió al proceso concursal de su ex empleador a reclamar sus créditos, por lo que estamos ante el ejercicio desproporcionado del derecho de acción y en segundo término que se apliquen los criterios de diferenciación consignados en salvamentos de voto de las sentencias emitidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en donde se indicó que no puede grabarse a los empleadores más allá de las obligaciones vigentes para la época; que cuando la Flota Mercante fue llamada a inscripción por el ISS no se había configurado siquiera una expectativa pensional en cabeza del demandante, por tanto su ex empleador satisfizo plenamente sus obligaciones pensionales, de igual manera debe tenerse en



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

cuenta que la obligación de aprovisionamiento prevista por el artículo 72 de la ley 90 de 1946 ha sido catalogada históricamente como una imprevisión legislativa y nunca se ha previsto en cabeza de los ex empleadores una actuación omisiva o un ánimo defraudatorio de sus ex trabajadores, en ese orden de ideas, en caso que se mantenga la condena solicita que se haga eco de lo consignado en la jurisprudencia constitucional en cuanto a que el monto del salario a considerar sea el mínimo de la época, que se revisen los factores salariales a tener en cuenta que no se encuentran establecidos ni contractual ni convencionalmente, que se autorice el descuento del porcentaje atribuible al trabajador a quien también le asiste una obligación de financiamiento en virtud del principio de solidaridad propio del sistema. Indicó que el decreto 1887 no es aplicable en este caso, por cuanto el demandante está afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el mencionado decreto solo aplica para los trabajadores que estén afiliados al régimen de prima media. Solicitó finalmente que se revoque la condena en costas.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y el DEMANDANTE y las demandadas FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y FIDUPREVISORA S.A., formularon alegatos de conclusión que obran por escrito en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir teniendo en cuenta para ello el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

¿Existió entre la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA S.A. en calidad de empleadora y el señor JESÚS ARMANDO GÓNGORA ALBORNOZ como



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

trabajador, un contrato de trabajo que estuvo vigente entre el 1º de marzo de 1984 hasta el 1º de septiembre de 1997 por el que debe ordenarse el pago de los aportes al sistema general de pensiones a favor del trabajador respecto del período en el que los mismos no se efectuaron?

PREMISAS FÁCTICAS

Obra a folio 915 del expediente digitalizado, certificación emitida por la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante en la que consta que el señor JESUS ARMANDO GONGORA ALBORNOZ laboró para la Flota Mercante Grancolombiana S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 1º de marzo de 1984 hasta el 1º de septiembre de 1997. La empleadora afilió al demandante al Instituto de Seguros Sociales el 14 de septiembre de 1990 y efectuó aportes hasta la fecha de finalización del vínculo laboral, como se evidencia en el reporte de semanas de cotización de folios 1.282 al 1.284 del plenario. Actualmente el demandante está afiliado a PROTECCIÓN S.A. como lo certificó esta entidad a folio 1.285.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, advierte la Sala que fue acertada la decisión del juez de primera instancia de declarar la existencia del contrato de trabajo en el período referido en las premisas fácticas, así como de ordenar el pago del cálculo actuarial, pues es clara la obligación de aprovisionamiento de capital que tenía la FLOTA MERCANTE y la solución jurisprudencial de ordenar el pago del cálculo actuarial es la que ha sido aceptada por la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 9856 de 2014, SL 17300 de 2014, SL 2138 de 2016 y SL 287 de 2018, teniendo en cuenta que la circunstancia que el ISS haya autorizado la afiliación de los trabajadores del mar hasta el 15 de agosto de 1990, no permitía que el empleador se sustrajera de realizar el aporte correspondiente en perjuicio



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

única y exclusivamente del derecho pensional del trabajador, por lo que la decisión debe confirmarse en este aspecto.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

¿Cuál es el salario con el que debe liquidarse el cálculo actuarial de los aportes que debieron efectuarse en beneficio del señor JESUS ARMANDO GONGORA ALBORNOZ entre el 1º de marzo de 1984 y el 13 de septiembre de 1990?

PREMISAS NORMATIVAS

Artículo 4º del Decreto 1887 de 1994.

Artículo 127 del CST

Convención colectiva vigente desde el 21 de mayo de 1985 hasta el 20 de mayo de 1988 y laudo arbitral 1976 - 1978.

Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 7851 radicación 42530 del 22 de abril del 2015 con ponencia de la Magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón.

PREMISAS FÁCTICAS

Según la certificación salarial y la liquidación final de prestaciones sociales de folios 91 y 112 del archivo denominado "*hoja de vida Góngora Albornoz*", en el último año de servicios el señor JESUS ARMANDO GONGORA ALBORNOZ devengó los siguientes factores de salario:

| <u>Valor en dólares</u> | <u>Concepto</u> |
|-------------------------|-----------------|
| US 466 | Salario mensual |



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

| | |
|-------------|-------------------------------|
| US 88,54 | Prima de antigüedad mensual |
| US 344,90 | Promedio horas extras mensual |
| US 2.023,20 | Alimentación y Alojamiento |
| US 5.119,1 | Viáticos y/o suplementos |
| US 1.176,21 | Prima de servicios 8,3333% |

CONCLUSIÓN

En relación con el SALARIO que debe tenerse en cuenta para realizar el cálculo actuarial, el artículo 4º del Decreto 1887 de 1994 señala:

“SALARIO DE REFERENCIA. (...) El salario base de liquidación devengado al 31 de marzo de 1994 estará conformado por los factores que de conformidad con lo dispuesto en el Código Sustantivo del trabajo, constituyen salario. En todo caso el salario base de liquidación no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente en dicha fecha, ni superior a 20 veces dicho salario.

PARAGRAFO. Para el caso de empleados que, habiendo estado vinculados al 23 de diciembre de 1993, ya no lo están al 31 de marzo de 1994 el salario de referencia se calculará utilizando el último salario base de liquidación.”

Conforme a lo anterior, el salario de referencia para efectos del cálculo actuarial debe ser el último devengado por el accionante, lo que además es acorde con sentencias como la SL 7851 radicación 42530 del 22 de abril del 2015 de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, Corporación que para la liquidación del cálculo actuarial tomó el último salario.

En relación con los conceptos que solicitó tener en cuenta el apelante, señor apoderado de la parte actora, debe indicarse que ni las convenciones colectivas ni los laudos arbitrales aportados al plenario, refieren que la prima de antigüedad, la alimentación y el alojamiento, ni el 8,3333% de la prima de servicios extralegal



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

deban tenerse como factores de salario para el cálculo del derecho pensional y no podría esta colegiatura tenerlos como tal por el solo hecho que se incluyeran en la liquidación para el cálculo de las cesantías por no existir elemento probatorio alguno que permita dilucidar su connotación de salario. No ocurre lo mismo con las horas extras y los viáticos, pues como lo disponen los artículos 127 y 130 del CST, se trata de pagos que retribuyen directamente el servicio prestado por el trabajador y deben incluirse en el salario que se tomará para efectuar el cálculo actuarial.

Así las cosas, debe modificarse la decisión de primera instancia para definir cuál es el salario sobre el cual debe efectuarse el cálculo actuarial que será el siguiente:

| <u>Valor en dólares</u> | <u>Concepto</u> |
|-------------------------|--------------------------|
| US 466 | Sueldo |
| US 344,90 | Extras |
| US 426,5 | Viáticos y/o suplementos |

Es decir la suma de US 1.237,4 que equivalían a \$1'532.161 colombianos mensuales.

Basta simplemente señalar en punto al recurso de apelación formulado por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, que el cálculo actuarial no debe efectuarse únicamente con el porcentaje que en su momento debió asumir el empleador, pues ninguna de las demandadas probó en el debate que durante la vinculación laboral del actor con la Flota Mercante se le hicieron los descuentos correspondientes para tal efecto aun cuando era su obligación hacer el respectivo recaudo, como tampoco que hubiese cumplido con la obligación de hacer los provisionamientos de capital necesarios para realizar las cotizaciones al sistema del Seguro Social, mientras entraba en vigencia éste, razón por la cual deberá efectuarse el pago del cálculo actuarial en las condiciones expuestas en la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

sentencia impugnada con las modificaciones efectuadas en cuanto al valor del salario.

TERCER PROBLEMA JURIDICO

¿Corresponde a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su condición de vocera y administradora con cargo a los recursos del PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA pagar el valor del cálculo actuarial a PROTECCIÓN S.A., a ASESORES EN DERECHOS SAS expedir el acto administrativo contentivo del cálculo actuarial y a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS efectuar el pago subsidiario del mismo?

PREMISAS FÁCTICAS

EN RELACIÓN CON LA FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS Y LA COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A.

La FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA se creó el 8 de junio de 1946 con el 45% de capital del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, 45% capital venezolano y 10% capital Ecuatoriano.

En 1954 se retiró Venezuela y el capital de la FLOTA pasó al 80% que correspondía al FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y el 19,93% del Banco de Fomento del Ecuador.

El FONDO NACIONAL DEL CAFÉ es una cuenta de naturaleza parafiscal a la que contribuyen exclusivamente los cafeteros colombianos cuyo objetivo prioritario es contribuir a estabilizar el ingreso cafetero mediante la reducción de los efectos de la volatilidad del precio internacional, esa cuenta es administrada por la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS en virtud del contrato de administración que periódicamente celebra con el GOBIERNO NACIONAL (folio 43 al 62 del archivo denominado 10. Pruebas folios 1 a folios 50).



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

El 29 de abril de 1998, la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA solicitó a la CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA que inscribiera la situación de subordinación de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE como filial de la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA (folios 572 al 574 del expediente digitalizado).

La SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES decretó la liquidación obligatoria de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE mediante auto 411 – 11731 del 31 de julio de 2000 (folios 577 al 623 del expediente digitalizado).

La misma SUPERINTENDENCIA mediante autos 400 – 010928 del 28 de agosto de 2012 y 400 – 016211 del 22 de noviembre de 2012 aprobó la rendición final de cuentas, la terminación del proceso liquidatorio de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, el cierre y extinción de la persona jurídica COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. y ordenó que la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y matriz y controlante de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. CERRADA continuara con el pago del pasivo pensional de sus ex trabajadores. (folios 639 al 690 del expediente digitalizado).

EN RELACIÓN CON LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

El 14 de febrero de 2006 se celebró entre la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A. actuando como entidad liquidadora de la CIFM S.A. EN LIQUIDACION OBLIGATORIA y la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., un contrato de fiducia mercantil que tuvo por objeto la constitución de un PATRIMONIO AUTONOMO denominado FIDEICOMISO PANFLOTA con los bienes y recursos que le sean transferidos por la liquidadora al momento de la celebración de este contrato y los que se le transfieran con posterioridad, con el fin que FIDUPREVISORA administre esos



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

recursos y los destine al pago de las mesadas pensionales a cargo de la CIFM, administre las contingencias jurídicas que le sean entregadas y atienda los gastos necesarios para cumplir con esos objetivos (folios 2.207 al 2.244 del expediente digitalizado).

En relación con los derechos pensionales de los ex trabajadores de la COMPAÑIA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., la FIDUCIARIA LA PREVISORA asumió las siguientes funciones:

1. Administrar el patrimonio autónomo PANFLOTA con los activos y recursos transferidos por la liquidadora.
2. Pagar las mesadas pensionales a los pensionados de la CIFM EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA en la cuantía que a cada uno de ellos corresponde.
3. Verificar que los beneficiarios pensionados de la CIFM cumplan con los requisitos necesarios que acrediten su condición de tales, acorde con la información entregada por la liquidadora.
4. Atender oportunamente las quejas, reclamos y peticiones que se presenten por parte de los beneficiarios de los pagos, giros o transferencias de las reclamaciones, cuentas y recobros.

EN RELACIÓN CON ASESORES EN DERECHO SAS

El 7 de junio de 2013, la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ordenó la reapertura del proceso liquidatorio de la CIFM S.A. con el fin único y exclusivo que el liquidador procediera a nombrar un mandatario con cargo al patrimonio autónomo PANFLOTA para efectos de atender las solicitudes y trámites pensionales de los trabajadores de la COMPAÑIA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. y sus beneficiarios.

El 2 de agosto de 2013, se suscribió contrato de mandato entre el liquidador de la COMPAÑIA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. y la Dra. CARINA



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ISABEL SUAREZ GUTIERREZ en calidad de mandataria, para efectos de atender las solicitudes y trámites pensionales de los ex trabajadores de la extinta entidad y de sus beneficiarios, mandataria que presentó renuncia.

De conformidad con la cláusula décima del contrato de mandato, se efectuó la cesión del mismo al PATRIMONIO AUTONOMO PANFLOTA razón por la cual el contrato de mandato se celebró por FIDUPREVISORA como vocera y administradora de PANFLOTA, quien nombró y facultó a la sociedad ASESORES EN DERECHO SAS como mandatario con representación con cargo al patrimonio autónomo PANFLOTA con las siguientes funciones:

1. Expedir cualquier acto administrativo relacionado con el reconocimiento, la sustitución o cualquier trámite pensional de los ex trabajadores de la CIFM con cargo al PATRIMONIO AUTONOMO PANFLOTA, una vez la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS gire los respectivos recursos.
2. Atender los requerimientos judiciales y administrativos.
3. Excepcionalmente cuando medie orden judicial expedir el acto administrativo que ordene la reliquidación pensional.
4. Gestionar su propia defensa judicial.

Además, en la cláusula 6ª del mencionado contrato se determinó que las obligaciones económicas o pecuniarias que se desprenden de los actos administrativos expedidos por el mandatario en desarrollo del mandato, con ocasión de la atención de solicitudes o trámites de derechos pensionales de los ex trabajadores de la entidad liquidada estarán a cargo exclusivamente del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, en estricto cumplimiento de la sentencia SU-1023-2001.

Lo anterior con fundamento en la certificación expedida por el representante legal de la sociedad ASESORES EN DERECHO SAS que obra a folio 907 del expediente digitalizado.

PREMISAS NORMATIVAS



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995

Sentencia SU 1023 del 26 de septiembre de 2001 con ponencia del Magistrado JAIME CORDOBA TRIVIÑO.

CONCLUSIÓN

Las anteriores premisas fácticas y normativas permiten concluir a la Sala que ante la innegable condición de subordinación de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. respecto de la matriz o controlante FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, situación que fue inscrita en el registro mercantil por solicitud de la propia FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS, como quedó señalado en las premisas fácticas, operó la presunción contenida en el parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 según el cual la liquidación de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE fue producida por causa o con ocasión de las actuaciones que realizó la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato.

Considera la Sala que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA no logró desvirtuar la referida presunción, toda vez que no obra una sola prueba en el plenario que permita verificar que fueron otras las circunstancias u otras las personas jurídicas de derecho privado o público las responsables del estado de liquidación de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, las pruebas aportadas por la referida demandada, solo muestran la situación de la economía y específicamente del sector cafetero a nivel nacional e internacional y la situación general de la compañía hasta el momento de la liquidación y con posterioridad, sin que de ninguna de ellas pueda deducirse la responsabilidad de persona distinta a la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS en su liquidación ni que la misma haya ocurrido por circunstancias



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

diversas a los actos ejecutados por la matriz o controlante, que es la presunción que debía desvirtuar la encartada para no endilgarle responsabilidad alguna en el derecho pensional del señor JESÚS ARMANDO GÓNGORA ALBORNOZ.

Tal como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia SU 1023 del 26 de septiembre de 2001 rememorando la sentencia C-510 de 1997, la responsabilidad de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS no es una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto que no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquella tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados. Valga mencionar en punto al recurso de apelación de la FEDERACIÓN, que si bien es cierto el señor JESÚS ARMANDO GÓNGORA ALBORNOZ está afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ello no permite desconocer que surgió una obligación de la empleadora relacionada con su derecho pensional que era el aprovisionamiento de capital para efectuar los aportes al sistema una vez fuera llamada por el ISS a su afiliación, por lo que no puede dejarse de aplicar la jurisprudencia por medio de la cual la Corte Constitucional reguló la situación pensional de quienes vieron vulnerados sus derechos ante la liquidación de quien había sido su empleadora.

Ahora, si bien la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en el trámite ante la Corte Constitucional se opuso a la afectación de los recursos del Fondo Nacional del Café y/o de la Federación para asumir el pago de las mesadas a favor de los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, pues consideró que se trata de recursos parafiscales, los cuales pueden destinarse únicamente a los fines que señale la ley sin que en ellos se encuentre el pago de pasivos pensionales, argumento que reiteró en su recurso de apelación en este trámite ordinario, la Corte no lo admitió por dos razones fundamentales:



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

“En primer lugar, las inversiones efectuadas por la Federación Nacional de Cafeteros en la Flota Mercante tuvieron como finalidad el desarrollo de actividades inherentes al fomento y/o beneficio del sector cafetero del país, en tanto se realizaron a su favor actividades de mercadeo, transporte y comercialización del café colombiano y las inversiones en la Flota Mercante así lo evidenciaron en su momento. En segundo lugar, la teoría de las rentas parafiscales referida a inversiones en las actividades que señale la ley tiene una relación de doble vía, comprendida como la oportunidad que tienen los destinatarios de beneficiarse de las rentas o utilidades que genere su inversión y el derecho a la posterior destinación dentro de los amplios parámetros que señala la ley, la cual genera a su vez, en sentido contrario, la obligación de asumir las cargas que se surjan en el proceso.

Téngase en cuenta además que los recursos del Fondo Nacional del Café son administrados por la Federación Nacional de Cafeteros como persona jurídica y en virtud del contrato de administración firmado periódicamente con el Gobierno Nacional. Así mismo, la titularidad de las acciones de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante están a nombre de la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, en tanto es la Federación la persona jurídica, de derecho privado, encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café, en virtud del señalado contrato de administración y debido a que el Fondo carece de personalidad jurídica propia...

...la calidad de matriz o controlante que admite tener la Federación sobre la CIFM, la presunción de responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante que consagra el párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995, el carácter de persona jurídica de derecho privado encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café y el contenido específico del contrato de administración, sirven de fundamento en esta oportunidad para afectar transitoriamente los recursos de la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, con el fin de evitar que se sigan vulnerando derechos fundamentales de los pensionados a cargo de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante...”



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Concluye entonces la Sala que es la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como entidad matriz o controlante de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. la que debe asumir la responsabilidad subsidiaria del pago del cálculo actuarial del demandante JESUS ARMANDO GÓNGORA ALBORNOZ.

En lo que tiene que ver con la responsabilidad de FIDUPREVISORA S.A., de acuerdo con el Contrato de Fiducia relacionado en las premisas fácticas, se observa que el objeto del mismo escapa a la condena por concepto de cálculo actuarial, teniendo en cuenta que el patrimonio autónomo que nació como consecuencia del encargo fiduciario sólo puede ser destinado al pago de mesadas pensionales y contingencias jurídicas que de manera expresa se hubieran entregado a la fiduciaria. En la cláusula segunda del contrato de fiducia, el objeto quedó pactado en los siguientes términos: *“El objeto del presente contrato es la constitución de un PATRIMONIO AUTÓNOMO Por parte de la fiduciaria el cual se denominará Fideicomiso “PANFLOTA” con los recursos y bienes que le sean transferidos por el FIDEICOMITENTE al momento de la celebración del presente contrato, y los recursos que posteriormente le sean transferidos acorde con lo descrito en el presente contrato, con el fin de que la FIDUCIARIA administre tales recursos y los destine al pago de las mesadas pensionales a cargo de la FLOTA, administre la contingencias jurídicas que le sean entregadas, y atienda los gastos necesarios para cumplir estos objetivos”.*

En desarrollo de lo anterior, según la cláusula cuarta, la obligación expresa que surgió en cabeza de la fiduciaria se ciñó al pago de mesadas pensionales a los pensionados de la Compañía de Inversiones Flota Mercante S.A., de modo que no puede hacerse extensiva al pago de títulos pensionales o cálculos actuariales, máxime si se tiene en cuenta que la única modificación que se introdujo con el otro sí No. 1, consistió en que el patrimonio autónomo constituido también estaría destinado al pago de aportes de salud a las EPS, así las cosas, atendiendo a los expresos lineamientos contenidos en la sentencia SU-1023 de 2001 será la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café la llamada a responder por las condenas impuestas en virtud de la responsabilidad subsidiaria declarada, pues de otra forma se vulneraría el derecho pensional del trabajador siendo la FEDERACIÓN la única llamada al pago de las condenas, conforme lo anteriormente expuesto.

En ese orden de ideas, la obligación de ASESORES EN DERECHO SAS como mandataria con representación con cargo al patrimonio autónomo PANFLOTA de la expedición de actos administrativos está directamente relacionada con el reconocimiento, la sustitución o cualquier trámite que tenga que ver con el reconocimiento pensional de los ex trabajadores de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. y no con el pago de cálculos actuariales a los mismos, por lo que tampoco debe asumir la obligación asignada en la sentencia de primera instancia.

En cambio sí corresponde la elaboración del cálculo actuarial a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., por ser la administradora del RAIS a la que se encuentra afiliado actualmente el demandante y que, por ende, debe recibir a satisfacción el pago de las cotizaciones que se dejaron de efectuar en su favor, por lo que será modificada la decisión en este sentido.

Finalmente, se CONFIRMARÁ la decisión en cuanto ABSOLVIÓ al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no se advierte ninguna obligación relacionada con la elaboración del cálculo actuarial ni tampoco con su pago, toda vez que, se reitera, la única que debe asumir la responsabilidad como matriz o controlante de la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA es la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ. Debe indicar la Sala que no puede definirse de otra manera con los escasos argumentos jurídicos del apelante actor, pues sustenta su recurso en conjeturas y situaciones que no han ocurrido pero presume que ocurrirán, máxime si se tiene en cuenta



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

que el FONDO NACIONAL DEL CAFÉ aún existe y que la apelación del actor se encamina a que se prevea una posible desaparición del mismo, reitera la Sala, sin que se esgriman argumentos jurídicos para que se condene a la NACIÓN.

SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de agosto de 2020 el cual quedará así:

“PRIMERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. que elabore el cálculo actuarial de los aportes dejados de efectuar al sistema general de pensiones en favor del señor JESÚS ARMANDO GÓNGORA ALBORNOZ por la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. del período comprendido entre el 1º de marzo de 1984 y el 13 de septiembre de 1990, teniendo en cuenta para ello el salario mensual de \$1'532.161 colombianos y ABSOLVER de las pretensiones a ASESORES EN DERECHO SAS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia”.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de agosto de 2020 y, en su lugar, ABSOLVER a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. de las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada

LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 37 2016 00344 02
Demandante: HEIDY JULIET CADENA RODRÍGUEZ
Demandados: COLMENA SEGUROS S.A. y OTROS
Vinculados: COLFONDOS, EPS COMPENSAR y COLPENSIONES

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIÉRREZ ORTÍZ identificada con C.C. No. 31.486.436 y T.P. No. 303.924 de conformidad con el memorial de sustitución del poder aportado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada COLMENA SEGUROS S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 1° de febrero de 2021.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora HEIDY JULIET CADENA RODRÍGUEZ interpuso demanda ordinaria laboral en contra de COLMENA SEGUROS S.A. para que previos los trámites legales se deje sin efecto el dictamen rendido por dicha entidad y se declare de origen laboral el accidente que padeció, en consecuencia se condene a COLMENA SEGUROS S.A. a otorgarle los beneficios asistenciales y económicos derivados de las patologías o secuelas generadas por el accidente de trabajo junto con las costas del proceso.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante indicó en síntesis que trabaja con la Comunidad de Hermanos Maristas de la Enseñanza y presta sus servicios en el COLEGIO CHAMPAGNAT desde el 03 de agosto de 2010 en el cargo de psico-orientadora, que sufrió un accidente el 26 de octubre de 2011 cuando se resbaló en las instalaciones de la escuela quedando todo el cuerpo recargado sobre la rodilla izquierda, momento en el cual sintió un fuerte dolor en esa zona del cuerpo, que la empleadora reportó oportunamente el accidente de trabajo pero no se efectuó investigación del mismo. Indicó que fue diagnosticada con lesión osteocondral calificada como de origen común por parte de COLMENA, tal como se lo comunicó la ARL el 13 de diciembre de 2011 sin que hubiese manifestado inconformidad respecto de dicha decisión. De otro lado, mencionó que la EPS no autorizó la cirugía de injertos osteocondrales por ser competencia de la ARL, por lo que se vio en la necesidad de recurrir a un médico particular en la Clínica Shaio. Mencionó que la EPS COMPENSAR mediante dictamen 20587950 del 07 de junio de 2012 calificó la patología como de origen profesional, el cual no fue objetado por COLMENA, además que dicha ARL no ha cubierto las prestaciones asistenciales y económicas derivadas del accidente sufrido.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda, COLMENA S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones bajo el argumento que no tienen soporte jurídico y fáctico, pues la valoración emitida por dicha entidad se encuentra en firme, es precisa y definitiva en señalar que la patología “lesión osteocondral que podría corresponder a osteocondritis disecante con el aflojamiento del fragmento óseo sin desprendimiento completo del mismo” es de origen común. Por otro lado señaló que COLMENA calificó como de origen laboral los accidentes ocurridos el 26 de octubre de 2011 y el 13 de febrero de 2016, brindándole a la actora todas las prestaciones asistenciales y económicas que necesitaba, sin que tenga obligación alguna frente a la patología de la lesión osteocondral. Formuló las excepciones denominadas: prescripción, legalidad y firmeza del dictamen expedido por COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA S.A., no existencia de relación de causalidad con el accidente laboral, pago de las prestaciones económicas a cargo de mi representada por concepto de accidente de trabajo, cumplimiento de sus obligaciones como administradora de riesgos laborales ARL e inexistencia de obligación alguna a cargo de mi representada con respecto a la patología “lesión osteocondral que podría corresponder a osteocondritis disecante con el aflojamiento del fragmento óseo sin desprendimiento completo del mismo”.

En el curso del proceso se ordenó la vinculación como litisconsortes necesarios por pasiva de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COMPENSAR EPS.

COLFONDOS S.A. contestó la demanda indicando que ninguna de las pretensiones se dirige en su contra, por lo que no resulta viable efectuar oposición o allanamiento a las mismas, que no es la administradora en la que actualmente se encuentra la demandante, no intervino en el proceso de calificación del origen de la enfermedad y tampoco recibió ninguna solicitud por parte de la actora. Formuló las excepciones



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

denominadas inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos, falta de causa para pedir, prescripción y caducidad y buena fe.

COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a las pretensiones toda vez que no están dirigidas en su contra. Formuló las excepciones de mérito denominadas: prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir.

A su turno, COMPENSAR EPS se opuso a las pretensiones por cuanto no se dirigen contra ella, que si de acuerdo con el acervo probatorio, el evento acaecido el 26 de octubre de 2011 es de origen laboral, las prestaciones asistenciales y económicas derivadas del mismo deben ser asumidas por el sistema general de riesgos laborales. Formuló las excepciones denominadas: falta de legitimación en la causa por pasiva y cumplimiento de obligaciones legales y contractuales por parte de COMPENSAR EPS.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 1° de febrero de 2021 DECLARÓ que las afectaciones de lesión osteocondral que padece la demandante HEIDY JULIET CADENA RODRÍGUEZ son de origen laboral, CONDENÓ a COLMENA S.A. a pagar a favor de la demandante la suma de \$320.000 por concepto de prestaciones asistenciales y ABSOLVIÓ a COLFONDOS, COLPENSIONES y COMPENSAR de las pretensiones de la demanda.

Como sustento de su decisión, concluyó en síntesis que la enfermedad de lesión osteocondral padecida por la señora CADENA RODRÍGUEZ es de origen laboral al guardar relación de causalidad con el accidente de trabajo ocurrido el 26 de octubre de 2011, ello pese a que en dictamen realizado por COLMENA el 13 de diciembre de 2011 se determinó como de origen común por existir registro de un accidente



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

anterior al siniestro que le causó a la demandante traumatismo con manejo de esguince de dos meses, pues dicha conclusión a la que arribó la Administradora de Riesgos Laborales es disímil con el dictamen proferido por la EPS COMPENSAR el 07 de junio de 2012 y el dictamen realizado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 22 de noviembre de 2019 con base en la historia clínica aportada y la valoración física realizada a la demandante, los cuales concuerdan con que la enfermedad se produjo por el accidente de trabajo del 26 de octubre de 2011.

De otro lado, respecto de las oposiciones presentadas por COLMENA en contra del dictamen rendido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, referentes a que no se tuvo en cuenta concepto médico en donde se advierte un accidente traumático de rodilla izquierda previo al accidente de trabajo, que tampoco se efectuó análisis respecto de la resonancia magnética del 17 de noviembre de 2011 donde se observa que el diagnóstico emitido fue osteocondritis distante, es decir que no da cuenta de cambio traumático agudo a nivel de las estructuras blandas adyacentes y que no se tuvieron en cuenta los hallazgos y traumas previos, diagnósticos que debieron incluirse en el dictamen para propender una valoración integral y descartar que se trata de un proceso degenerativo que diera lugar a la enfermedad, el juez de primera instancia puso de presente lo expuesto por la médica CARLOTA ROSAS OPAIN - ponente, quien de manera ilustrativa explicó que para la emisión del dictamen se tuvo en cuenta la historia clínica de la demandante a partir del 26 de octubre de 2011 fecha del accidente, sin embargo, aclaró que sí conoció el hecho del accidente domiciliario ocurrido con anterioridad, y que incluso al realizar la lectura del dictamen, ese fue un aspecto mencionado en resúmenes médicos del 26 de octubre y 8 de noviembre de 2011. Señaló el a quo que la referida médica dio una exposición detallada de por qué la lesión fue producto del accidente de trabajo y del trauma o contusión generado en la rodilla, e indicó que su evolución y desarrollo es acelerado por lo cual la sintomatología aparece de manera rápida y que se tuvieron en cuenta dos resonancias magnéticas, la primera del 17 de nov de 2011, donde se indicó un diagnóstico de osteocondritis disecante y la otra del 23 de enero de 2012 donde se diagnosticó lesión osteocondral



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

paramediana con el condilo femoral interno cuya naturaleza puede ser traumática o por contusión, con base en lo cual indicó que, un mes después del accidente laboral y meses después del accidente domiciliario se realizó la primera resonancia, en la que no aparece la lesión osteocondral, la cual tiene una sintomatología rápida en el cuerpo, por lo que hubiera aparecido rasgo o secuela de haberse causado por el accidente doméstico, pero luego del avance del accidente de trabajo aparece el diagnóstico del mismo como un trauma y no como consecuencia degenerativa. Continuó en el relato de la médica en el que señaló que en el accidente de trabajo hubo movimiento tangencial al momento de resbalarse la demandante y la rodilla izquierda soportó todo su peso.

Con fundamento en lo anterior, concluyó el a quo que puede predicarse que hubo una contusión severa y que si bien no se precisó sobre el accidente doméstico que tuvo la actora, sí se tiene documentado que correspondió a un esguince pues se corroboró con la historia clínica visible a folio 57, en punto con este diagnóstico indicó el juzgador que la testigo perito precisó que el esguince y la lesión osteocondral pueden ser compatibles, no obstante, aclaró que en su larga trayectoria como médica ocupacional no ha evidenciado que ambas circunstancias se reflejen en una misma situación, dado que los esguinces generalmente no involucran lesiones relacionados con cartílagos y huesos sino que son de origen muscular. Señaló el a quo que otro factor determinante para concluir que la lesión fue por el trauma del accidente, es el estilo de vida de la demandante, una persona joven que practica natación que no es de alto impacto para desarrollar microtraumatismo y así mismo, que el cargo que ocupa es de carácter sedentario.

De otro lado, puso de presente el a quo lo alegado por la parte demandada COLMENA respecto de que había lesión en la rodilla derecha por lo que consideró el carácter degenerativo en la rodilla izquierda, frente a lo cual, indicó que la médico ponente expuso que la valoración detallada a partir de los diferentes exámenes con posterioridad al accidente, no volvió a reflejar una lesión para inferir un desarrollo degenerativo y que los reproches de COLMENA fueron contestados en el sentido



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de que la enfermedad fue de origen laboral y no puede atribuirse la lesión a otros factores. Reiteró el juez que del estudio detallado del caso concreto se infiere que la lesión osteocondral fue causada por un solo trauma y que las otras circunstancias asociadas no podían desarrollar esta enfermedad, sumado a ello, expuso que el testigo perito cuenta con la idoneidad y experticia en el tema, razón por la cual, se inclinó por el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, ante la fuerza de su conclusión.

En cuanto a las pretensiones condenatorias de la demanda, aclaró que se formularon en forma genérica y que para ordenar el pago de prestaciones asistenciales y económicas que se derivan de la declaratoria de la enfermedad como de origen laboral, debe determinarse y comprobarse su causación, que a la luz del acervo probatorio y conforme a las facultades ultra y extra petita definió que debe ordenarse el pago de \$320.000 por concepto de terapias pagadas por la demandante, que no se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandada COLMENA S.A. interpuso recurso de apelación a fin de que sea revocada y en su lugar se absuelva de las pretensiones de la demanda, pues reparó en primer lugar en el error en la valoración del dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, como quiera que no se hizo en cumplimiento de la ley o del manual de calificaciones, para lo cual precisó que el dictamen realizado por COLMENA data del año 2011, por lo que se tuvo en cuenta el Manual de Calificación establecido en el Decreto 917 de 1999, de modo que si lo que se quería era dejar sin efecto dicho dictamen, el emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez debía hacerse con base en los mismos aspectos técnicos, lo cual en este caso no ocurrió, teniendo en cuenta que el dictamen realizado el 22 de noviembre de 2019 se hizo conforme al Manual de Calificación vigente desde el año 2014, circunstancia que conlleva a que no se tenga



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

en cuenta, pues lo que se pretende es dejar sin efecto un dictamen y no hacer una nueva valoración.

La segunda razón de ataque, va atada a la declaración de la ponente CARLOTA ROSAS OPAIN a quien se le indagó si en el dictamen se había tenido en cuenta la historia clínica completa de la demandante previo al evento laboral del 26 de octubre de 2011 respecto a lo cual aceptó que no fue así por lo que la falta de valoración es un error grave, toda vez que no hubo una calificación integral sobre el estado de salud y en particular, en este asunto, donde hubo unas anotaciones relacionadas con la rodilla izquierda, la misma en la que la demandante sufrió el evento laboral en octubre de 2011 lo que conllevaría a que no puede ser tenido en cuenta. Refirió que una vez realizada la contradicción al dictamen se hizo una solicitud para complementarlo teniendo en cuenta la historia clínica completa, para saber la verdad y valorar todos los elementos de prueba, solicitud que el despacho decidió negar dada la extemporaneidad, pero que al menos de oficio pudo decretarla, dado el grado de incertidumbre que genera el hecho de que no se valoró la historia clínica antes del accidente. Además, solicitó el análisis con detenimiento de todas las anotaciones del dictamen en las que se hace referencia a que la demandante tenía antecedentes.

De otro lado, aseguró que el juez en el fallo señaló, un poco basado en lo que dijo la médica CARLOTA, que era posible que se presentara una lesión de un esguince compatible con una lesión osteocondral, pero que en su experiencia esa era una situación que no se presentaba y, en ese orden, refirió que si se leen las atenciones médicas dan a entender que la demandante padeció también como consecuencia del accidente un esguince de rodilla, según el resultado de ortopedia del 8 de noviembre de 2011, entonces, que si la demandante también sufrió un esguince no era compatible que se desarrollara la lesión osteocondral por el mismo planteamiento del despacho y de la médica ponente.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Arguyó además que existe la posibilidad de que la enfermedad de la demandante sea consecuencia de un cambio degenerativo, de lo cual hay constancia en el mismo dictamen en la anotación del 26 de abril de 2015, en donde el médico hace referencia e incluso indica que más adelante puede tener esa misma patología en su rodilla derecha, lo que deja más evidencia que puede ser de origen degenerativo y no traumático.

Por último y en atención a la decisión del pago de las prestaciones asistenciales, expresó que no se entiende como se ordena la prestación asistencial si fue prestada por la EPS COMPENSAR quien en el presente asunto no es demandada.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y la parte demandante, COLMENA y COMPENSAR formularon alegatos de conclusión dentro del término legal, que obran por escrito en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe a determinar si debe declararse NULA la calificación de origen común de la patología denominada “lesión osteocondral que podría corresponder a osteocondritis disecante con aflojamiento del fragmento poseo sin desprendimiento completo del mismo”, realizada por la ARL COLMENA y comunicada a la señora HEIDY JULIET CADENA RODRÍGUEZ el 13 de diciembre



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de 2011 y si, como consecuencia, debe ordenarse el pago de las prestaciones asistenciales a la referida ARL.

PREMISAS FÁCTICAS

No es objeto de discusión dentro del presente trámite procesal que la señora HEIDY JULIET CADENA RODRÍGUEZ sufrió un accidente de trabajo el día 26 de octubre de 2011 en las instalaciones del COLEGIO CHAMPAGNT, que mediante comunicación del 13 de diciembre de 2011 COLMENA le informó que la patología identificada como lesión osteocondral fue calificada como de origen común, que la EPS COMPENSAR mediante dictamen del 7 de junio de 2012 calificó como de origen profesional el diagnóstico “contusión de rodilla” y mediante dictamen decretado en el trámite de primera instancia y practicado el 22 de noviembre de 2019 por la Junta Nacional de Calificación de Calificación de Invalidez, se calificaron los diagnósticos de contusión rodilla izquierda y otros trastornos internos de la rodilla izquierda (lesión osteocondral) como de origen laboral, con una pérdida de la capacidad laboral del 0.00%.

PREMISAS NORMATIVAS

El artículo 41 de la Ley 100 de 1993 en su contenido original atribuyó la competencia para la calificación en primera oportunidad de la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y el origen de las contingencias al extinto Instituto de Seguros Sociales, a las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las Entidades Promotoras de Salud, EPS.

Igualmente, señaló que la calificación debe realizarse con base en el manual único para la calificación de la invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, que deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de la capacidad laboral.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

El artículo 1° del Decreto 917 de 1999 establece:

“CAMPO DE APLICACION. El Manual Único para la Calificación de la Invalidez contenido en este decreto se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, a los trabajadores de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y del sector privado en general, para determinar la pérdida de la capacidad laboral de cualquier origen, de conformidad con lo establecido por los artículos 38, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993, el 46 del Decreto-ley 1295 de 1994 y el 5o. de la Ley 361/97.”.

Sentencia SL 4571 del 23 de octubre de 2019 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO:

Ahora bien, esta Sala tiene establecido que los dictámenes proferidos por las juntas de calificación de invalidez regionales o nacional, no son pruebas solemnes, de modo que pueden controvertirse ante los jueces del trabajo, quienes tienen competencia para examinar los hechos que contextualizan la condición incapacitante establecida por aquellas (CSJ SL 29622, 19 oct. 2006; CSJ SL 27528, 27 mar. 2007; CSJ SL 35450, 18 sep. 2012, CSJ SL 44653, 30 abr. 2013, CSJ SL16374-2015 y CSJ SL5280-2018).

(...)

Así las cosas, las partes pueden discutir el contenido de los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez ante la jurisdicción ordinaria laboral; incluso, dentro del proceso, el juez puede como en este caso, ordenar una nueva valoración para decidir conforme a la sana crítica, sobre la pretensión solicitada.

De igual modo, esta Sala adoctrino que las decisiones que adopten las juntas no son vinculantes para el funcionario judicial. Al definir un asunto en el que se



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

contrapongan diferentes conceptos científicos sobre el estado de salud de una persona, puede soportar su decisión en el que le otorgue mayor credibilidad y poder de convicción.

Así, el Tribunal soportó su decisión en una prueba a la que le otorgó mayor valor probatorio (dictamen de la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia), en perjuicio de otra que también figura en el proceso (Dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez), determinación que se acompasa con la posibilidad legal de apreciar libremente las pruebas y, por lo mismo, no comporta ningún desatino jurídico.

CONCLUSIÓN

Atendiendo a las anteriores premisas fácticas y normativas, para esta Sala, el primer argumento vertido por COLMENA en el recurso de alzada no resulta procedente para restar valor probatorio al dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y que tuvo en cuenta el juez de primera instancia para fundar su decisión, pues si bien se advierte dentro de los fundamentos de derecho del dictamen, que para la calificación integral se tuvo en cuenta el decreto 1507 de 2014, también lo es que el decreto 917 de 1999 que en efecto se encontraba vigente para la data en que se efectuó la calificación por parte de COLMENA, establece el Manual Único para la Calificación de la Invalidez para determinar la pérdida de la capacidad laboral de cualquier origen, por lo que en el mismo se establecen los porcentajes de los criterios para la calificación de invalidez a saber: deficiencia en un 50%, discapacidad en un 20% y minusvalía en un 30%, sin embargo resulta inane en este caso determinar si el dictamen emitido por la Junta de Calificación de Invalidez tuvo en cuenta dichos porcentajes en tanto que lo que se discute es el origen de las patologías y no el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la demandante, sin que además se avizore que la valoración realizada por la Junta se encuentre en contravía de lo dispuesto en el decreto 917 de 1999, pues se insiste, dicha normativa rige los lineamientos para establecer el grado de invalidez de la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

enfermedad, razón por la cual, en punto al origen se debe efectuar el estudio de la causa – efecto, entre el factor del riesgo y la enfermedad, como en este caso lo hizo la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Aunado a lo anterior, se advierte que dentro de la oportunidad procesal pertinente, la ARL demandada no manifestó inconformidad alguna respecto del punto expuesto en apelación relacionado con la normativa con fundamento en la cual se debió emitir el dictamen de la Junta Nacional y por el contrario, al momento de controvertir el mismo expuso su inconformidad solamente respecto de la falta de valoración de la historia clínica de la demandante como se advierte en el memorial de folios 338 a 343, lo que implicó además que en la práctica del testimonio que se decretó como sustento de la contradicción, no fue punto de debate tal circunstancia y tampoco se le dio la oportunidad a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de contestar o aclarar dicho aspecto, como sí se hizo respecto de los demás puntos objeto de discusión por parte de COLMENA ARL que sólo hasta el recurso de apelación puso de presente la aplicabilidad del Decreto 917 de 1999 y que en todo caso, como se vio, no comporta una situación determinante para modificar o variar las valoraciones respecto del origen de la enfermedad expuestas en el dictamen de la Junta Nacional, el cual se sustentó en los exámenes médicos, la historia clínica de la actora y el análisis de todas las circunstancias que rodearon el accidente, para adoptar la decisión que conllevó a hallar una relación de causalidad entre el factor de riesgo - accidente de trabajo y la patología calificada, consistentes entre otras en el accidente de trabajo propiamente dicho ocurrido el 26 de octubre de 2011 cuando la demandante se resbaló y todo el peso del cuerpo quedó en la rodilla izquierda; el diagnóstico de esguince de rodilla izquierda como resultado de la radiografía; la resonancia nuclear magnética realizada el 17 de noviembre de 2011 valorada en osteocondritis disecante; resonancia magnética del 23 de enero de 2012 que arrojó como resultado *“lesión osteocondral paramediana en el cóndilo femoral interno de naturaleza que puede ser traumática con extensa contusión o edema de la médula ósea circundante, cambios inflamatorios sinoviales articulares y bursitis del semimembranoso”*; la cirugía realizada el 07 de febrero de 2012; la calificación como



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de origen laboral del accidente efectuada por COMPENSAR. Todo lo anterior llevó a la Junta Nacional a concluir que *“las lesiones osteocondrales pueden resultar de un golpe directo, fuerzas tangenciales sobre los cóndilos, fuerzas compresivas y rotatorias en rodillas de extensión y episodios de salto o caída brusca que unidos a condiciones o alteraciones en los ejes de la extremidad incrementan la lesión del cartílago, por lo que se concluyó que las lesiones osteocondrales acompañan con frecuencia las lesiones traumáticas de la rodilla y en ese sentido, se estableció que la lesión osteocondral de la rodilla izquierda que presentó la paciente tuvo su origen en el accidente de trabajo”*.

Así las cosas, en el primer punto expuesto por la pasiva no habría lugar a variar la decisión del a quo, por cuanto no se advierte que la valoración efectuada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez hubiese contrariado los parámetros del Decreto 917 de 1999 para definir el origen de la enfermedad.

En otro punto, expuso el recurrente que en el dictamen no se tuvo en cuenta la historia clínica de la demandante previo al evento laboral ocurrido el 26 de octubre de 2011, aspecto sobre el cual es dable poner de presente que no obra en el plenario dicha documental con anterioridad al accidente de trabajo, por lo que no podría entonces predicarse una falta de valoración cuando la pasiva interesada en sostener el origen común de la enfermedad, tampoco ejerció la carga probatoria que le correspondía, pues no aportó los documentos que le sirvieron de base para calificar la enfermedad como común por considerar que existe *patología preexistente en manejo actual con fisioterapia de origen crónico que no está directamente relacionado con el trauma agudo y no guarda relación de causalidad con el evento reportado inicialmente*.

A pesar de tal orfandad probatoria, conforme se advierte de la lectura del dictamen emitido por la Junta Nacional y las declaraciones de la ponente CARLOTA ROSAS OPAIN, se tuvo en cuenta que la demandante tenía esguince de rodilla izquierda y terapia desde hacía dos meses conforme se relacionó en la historia clínica del 26



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de octubre de 2011 día del accidente y el 08 de noviembre de 2011, pese a lo cual se analizó que la lesión osteocondral, diagnóstico objeto del dictamen cuya nulidad se solicita, se presenta en casos de golpe directo, fuerza de compresión entre otros, como ocurrió el día del accidente de trabajo y fue a partir de dicho suceso que se diagnosticó la lesión osteocondral, sin que hubiese sido prescrita como consecuencia de un accidente anterior, circunstancias que acertadamente llevaron a la convicción del juez de la causalidad entre el accidente de trabajo y la patología de lesión osteocondral, pues se explicó claramente que la evolución de la enfermedad aparece en forma rápida y en ese orden, la Junta Nacional tuvo en cuenta que en la primera resonancia magnética del 17 de noviembre de 2011 se diagnosticó una posible osteocondritis disecante sin que en dicha oportunidad se reflejara la lesión osteocondral, la cual solo apareció hasta enero de 2012, es decir, que con base en ello, se concluyó que de haberse generado la lesión osteocondral como consecuencia del accidente domiciliario ocurrido con anterioridad al accidente de trabajo, la resonancia del 17 de noviembre de 2011 así lo hubiese reflejado, en tanto que las secuelas suelen aparecer de forma rápida, sin embargo la patología de la lesión osteocondral solo apareció hasta el 23 de enero de 2012, luego de haber evolucionado las secuelas del accidente de trabajo, por lo que claramente se concluyó que fue el suceso laboral que dio lugar a la enfermedad objeto de debate y que además se produjo por un impacto o golpe directo como ocurrió el día del accidente laboral, por lo que para la Sala resulta totalmente acertado tener en cuenta el dictamen de la Junta Nacional y las razones expuestas en dicha calificación por encontrarse lo suficientemente sustentadas y ajustadas a los documentos que sirvieron de base para la evaluación.

En otro punto, adujo COLMENA que según lo expuesto por la misma ponente CARLOTA ROSAS ROPAIN si la demandante ya había sufrido un esguince de rodilla no era compatible con el desarrollo de lesión osteocondral, planteamiento que tampoco es de recibo pues lo que la ponente expuso en su declaración fue que no había presenciado en su experiencia médica que un esguince evolucionara a lesión osteocondral, pues en el esguince no se involucra el hueso y el cartílago,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

sino los músculos, tendones y ligamentos básicamente, por lo que no es una evolución natural esa condición, aunque el esguince y la lesión osteocondral son compatibles y se pueden presentar respecto de un solo trauma, es decir que conforme lo dijo la médica ponente, el esguince presentado por la actora antes del accidente de trabajo, no pudo dar lugar a la secuela de la lesión osteocondral, situación que reafirma la decisión a la cual arribó el juez de conocimiento.

Aunado a ello, si bien el recurrente señaló una posibilidad de que la enfermedad de la demandante sea degenerativa, tal como se expuso en líneas anteriores, la valoración integral de la historia clínica y todos los documentos aportados para emitir el dictamen llevan a la conclusión de que la sintomatología sólo apareció luego del accidente de trabajo, igualmente la médica CARLOTA ROSAS ROPAIN explicó que al recaer toda la fuerza sobre la rodilla izquierda se generó un trauma tangencial que actuó directamente sobre el cóndilo o rodilla izquierda y pudo generar la contusión. Además que, la falta de lesión de los ligamentos cruzados o meniscos es propia de estas lesiones donde no hay torsión o evidencia de giro y eso fue lo que tuvo en cuenta también la Junta para determinar el origen, sumado la edad de 30 años de la paciente y la no realización de deportes de impacto.

Por todo lo anterior, considera la Sala que la decisión del a quo se encuentra plenamente sustentada y ninguno de los argumentos expuestos en el recurso de alzada tienen la entidad suficiente para revocarla.

Por último y en atención a la condena al pago de las prestaciones asistenciales, refirió el apelante que fueron prestadas en su momento por la EPS COMPENSAR, respecto a lo cual se advierte que las terapias realizadas a la demandante fueron canceladas directamente por la señora HEIDY JULIET CADENA RODRÍGUEZ en el Centro de Ortopedia Traumatología y Lesiones Deportivas – Inversiones Uribe Vélez y Cía. S en C., como se observa a folios 85 a 91 y 96 a 99, por lo que debe confirmarse en este punto también la decisión apelada.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Son suficientes las anteriores razones para CONFIRMAR la sentencia impugnada. COSTAS en esta instancia a cargo de la parte apelante en la suma de \$50.000 como agencias en derecho.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 1° de febrero de 2021, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte apelante COLMENA y a favor de la demandante en la suma de \$50.000 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada

LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 28 2018 00570 01
Demandante: JUANA MARÍA CARDOZO CASTRO
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

Magistrado Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA identificada con la C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820, conforme el poder general otorgado mediante la escritura pública No. 120 del 1º de febrero de 2021 y como su apoderada sustituta se reconoce a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con la C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 conforme la sustitución del poder otorgada, documentos aportados por correo electrónico.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y a estudiar en grado jurisdiccional de Consulta la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora JUANA MARÍA CARDOZO CASTRO formuló demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad del traslado de régimen pensional por la omisión al deber de información y, en consecuencia, se declare que se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES, se condene a la AFP PORVENIR al traslado de los aportes cotizados con destino a COLPENSIONES y a su vez se condene a dicha entidad a aceptar dichos aportes y registrarla como su afiliada con el consecuente reconocimiento y pago de la pensión de vejez por ser beneficiaria del régimen de transición, conforme al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante adujo en síntesis que nació el 16 de febrero de 1959, al 1º de abril de 1994 tenía 35 años de edad, entre el 28 de mayo de 1985 y el 31 de mayo de 2001 cotizó al ISS un total de 753 semanas, que el 25 de mayo de 2001 se trasladó a la AFP PORVENIR, sin embargo, los asesores de dicha administradora de pensiones nunca le informaron que se pensionaría con un monto menor al que tendría derecho en el ISS hoy COLPENSIONES, el asesor nunca elaboró una proyección pensional que le permitiera dilucidar con mayor claridad los posibles efectos y consecuencias a futuro que implicaría para su pensión el traslado de régimen, que PORVENIR tampoco le informó respecto del periodo de gracia otorgado por el Decreto 3800 para efectuar el traslado del RAIS al régimen de prima media por única vez para las personas que se encontraban amparadas por el régimen de transición.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda, COLPENSIONES la contestó oponiéndose a las pretensiones, tras considerar que el origen de la acción no es el vicio del consentimiento sino la inconformidad respecto de la mesada pensional que la demandante recibiría en cada régimen y su actuar, además de vulnerar y sobrecargar al régimen de prima media con prestación definida, se aprovecha de los beneficios y dineros del fondo común de los afiliados de buena fe que hacen parte del régimen administrado por COLPENSIONES. Formuló las excepciones de mérito que denominó: 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 y buena fe.

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, bajo el argumento que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y con 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 obedecieron al resultado de dichas disposiciones que regulan el RAIS y las instrucciones que para el efecto ha impartido la Superintendencia Financiera de Colombia. Refirió así 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 su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones. Tampoco existe prueba en el proceso de la que se desprenda que el asesor de PORVENIR actuó de manera dolosa o forzó a la demandante para que suscribiera el formulario de vinculación a dicha administradora y tampoco podría hablarse de un vicio por error de derecho, pues la ignorancia de la ley no sirve de excusa. Formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 10 de noviembre de 2020, DECLARÓ la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora JUANA MARÍA CARDOZO CASTRO al RAIS el 25 de mayo de 2001, por intermedio de la AFP PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPMPD administrado por COLPENSIONES, CONDENÓ a PORVENIR a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES, CONDENÓ a COLPENSIONES a activar la afiliación de la actora en el RPMPD y a actualizar su historia laboral, DECLARÓ que la demandante es beneficiaria del régimen de transición por lo que le son aplicables las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por ende CONDENÓ a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la señora CARDOZO CASTRO a partir del 1º de julio de 2019, para lo cual se ordenó liquidar el IBL en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 por contar con más de 1250 semanas cotizadas, sobre una tasa de reemplazo del 90% por trece mesadas al año, junto con los reajustes e incrementos legales anuales, retroactivo que deberá reconocerse de manera indexada, autorizó a COLPENSIONES a descontar en el porcentaje que en derecho corresponde, los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y las condenó en costas en la suma de \$600.000 a cargo de cada una de ellas.

Como sustento de su decisión precisó que en el plenario no se acreditó que la demandante hubiese recibido al momento del traslado la información sobre las ventajas y desventajas de dicho acto y, por el contrario, el representante de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PORVENIR señaló en su interrogatorio que no existe prueba más allá del formulario de afiliación. Igualmente, que la actora en su interrogatorio refirió que en su sitio de trabajo se realizaron por parte de la AFP varias reuniones en donde se indicaron los beneficios del RAIS, circunstancias narradas igualmente por las testigos ALEYDA ASPRILLA ÁVILA y YOLANDA BADILLO compañeras de trabajo de la señora CARDOZO CASTRO en el ICBF. Adicionó que la demandante indicó que suscribió el formulario de afiliación con la condición de que el asesor verificara si era beneficiaria o no del régimen de transición y, de ser así, no se materializaría el traslado, sin embargo, tiempo después se le informó que el traslado se había hecho efectivo y para devolverse debía esperar los cinco años que exige la norma, pero transcurrido ese tiempo no le fue posible retornar al régimen de prima media. Teniendo en cuenta lo anterior, la a quo coligió que PORVENIR no brindó una información clara y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado, situaciones que constituyen la violación al deber de información, sin que la firma donde se plasmó la voluntad de la afiliación sea un medio idóneo para acreditar la información suministrada a la demandante según lo ha precisado la jurisprudencia de la CSJ Sala Laboral, razón por la cual concluyó la procedencia de declarar la ineficacia del traslado con las consecuencias que ello implica.

Por otra parte, refirió que la señora JUANA MARÍA CARDOZO CASTRO para el 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, que para el 25 de julio de 2005 tenía un total de 958,45 semanas cotizadas por lo que se le extendieron los beneficios del régimen de transición hasta el año 2014, anualidad para la cual la demandante acreditó los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año y, en consecuencia, ordenó el reconocimiento de la prestación a partir del 1º de julio de 2019, entendiéndose que a partir de tal fecha operó su retiro del sistema, sin que sea dable concretar el monto al no encontrarse acreditados los salarios devengados durante toda la vida laboral de la actora.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

5. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia el apoderado de PORVENIR interpuso recurso de apelación, teniendo en cuenta que la exigencia que se le realiza a PORVENIR va más allá de lo facultado en materia legal y jurisprudencial al momento del traslado de régimen, toda vez que no había una exigencia de realizar proyección o simulación pensional respecto a la afiliada porque se encontraban en la primera etapa del deber de información, que condicionaba a mencionar las características propias del régimen de ahorro individual y del régimen de prima media. Que dentro de la prueba documental es claro que se acreditó el deber de información con el formulario de afiliación, consentimiento que refleja el afiliado para vincularse a la administradora de pensiones, y además un anexo adicional donde la misma demandante consintió haber recibido información suficiente y plena, además de entender las implicaciones respecto del régimen de ahorro individual. Que la demandante es consiente que es beneficiaria del régimen de transición y en ese sentido no puede considerarse que no se le haya informado dicha situación especial, sin desacreditar además el interrogatorio de la demandante que deja ver que tiene conocimiento de los requisitos para pensionarse en el ISS con el régimen de transición, considerando incluso que ningún asesor le aseguró que obtendría una mesada superior en el RAIS frente al régimen de prima media o que podía pensionarse a una edad anticipada, criterios que no pueden considerarse porque no fueron dichos en ese aspecto y lo que motivó la demanda fue la consideración económica frente a la mesada pensional.

Respecto a la devolución de gastos de administración, refirió que se desconoce la facultad que como administradora de pensiones otorga la ley respecto de la gestión realizada y el derecho al pago de unas primas de seguros por los que la actora estuvo cubierta durante la afiliación por las contingencias de invalidez y sobrevivencia y propiamente por la naturaleza misma del contrato de aseguramiento, no es probable que ante la no generación del siniestro el asegurado tenga derecho a la devolución de las primas, porque no es natural de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

dicho contrato. Igualmente, que al respecto es viable estudiar la prescriptibilidad porque tiene un enfoque diferente a la prestación de pensión, razones por las cuales solicita se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia.

A su turno COLPENSIONES interpuso el recurso de alzada al aducir que la solicitud se dirige hacia la ineficacia y no la nulidad, de lo que se advierte que la parte actora nunca realizó actos que mostraran su intención de no pertenecer a la AFP, que a la fecha tiene una densidad considerable de años que no denota que las alegadas falencias, engaños o falta de información sean contrarias al perfeccionamiento del acto ineficaz de que trata el artículo 898 del Código de Comercio y la sentencia SL413 de 2018. Igualmente señaló que hay que velar por la sostenibilidad fiscal y el equilibrio financiero del régimen de prima media con prestación definida, criterio establecido en el artículo 48 constitucional, desarrollado en sentencia C – 242 de 2019 y C - 1024 de 2004, igualmente, puso de presente la sentencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos caso Instituto Colombiano de la Seguridad Social vs Perú, en donde se consideró que el mantenimiento de la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social se basa en el principio de equidad y que la restricción del ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad, sino que la obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual y no colectiva para el caso concreto del régimen de prima media con prestación definida.

Como quiera que la decisión fue adversa a una entidad pública de la que la Nación es garante como es COLPENSIONES, se estudiará la sentencia también en grado jurisdiccional de consulta.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y la parte DEMANDANTE, PORVENIR y COLPENSIONES formularon alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal los cuales obran en el expediente.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse INEFICAZ el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora JUANA MARÍA CARDOZO CASTRO y, por ende, deben trasladarse los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual en PORVENIR S.A. al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES?

PREMISAS NORMATIVAS

Sentencia 31989 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 09 de septiembre de 2008, con ponencia del Magistrado EDUARDO LOPEZ VILLEGAS.

Sentencia 33083 del 22 de noviembre de 2011, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 19447 de 2017 con ponencia del magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, con ponencia del Magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 3464 del 14 de agosto de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1467 del 21 de abril de 2021, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Asimismo, la Sala tiene en cuenta el artículo 4 del Decreto 2196 de 2009 por medio del cual se suprimió la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, se ordenó su liquidación y se designó un liquidador.

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que la demandante se trasladó del régimen de prima media administrado por CAJANAL conforme certificación de tiempos laborados CETIL (folio 100) al de ahorro individual mediante suscripción del formulario de afiliación el 25 de mayo de 2001 con fecha de efectividad a partir del 1º de julio del mismo año, de conformidad con la solicitud de vinculación o traslado de la AFP PORVENIR visible a folio 74 y el historial de vinculaciones de Asofondos de folio 76.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, a juicio de esta Sala, PORVENIR S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a esa demandada y no a la demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., y que acoge la Sala de esta Corporación, pues 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, la única prueba con la cual la administradora demandada pretendió demostrar la debida información otorgada a la señora JUANA MARÍA CARDOZO CASTRO fue con la suscripción del formulario de afiliación que tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el que no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor, por lo que en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que debía manifestar la demandante al trasladarse al RAIS, como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias tomadas como premisas normativas.

Igualmente, tal como lo precisó PORVENIR al sustentar el recurso de alzada, obra documento anexo al formulario de afiliación de fecha 31 de mayo de 2001 suscrito por la actora en el cual se lee: *“luego de haber recibido la asesoría amplia y suficiente, conozco y entiendo las implicaciones legales que tiene mi decisión de trasladarme al Régimen de Ahorro individual por medio de la solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Porvenir S.A., que hoy firmo y adjunto a la presente. Así mismo consciente que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la ley 100 de 1993 soy una persona que se encuentra en régimen de transición y que gozo de un tratamiento especial en el cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de vejez, respecto de los afiliados que se encuentran íntegramente bajo el esquema de la ley 100 de 1993, les ratifico mi decisión de vincularme al fondo de pensiones Porvenir y*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

pensionarme con las condiciones vigentes para este régimen". De la presente documental tampoco se puede extraer que la demandante tuviera conocimiento de manera suficiente sobre las consecuencias de su traslado, toda vez que en dicho formato tan sólo se refirió de manera general que conoció las implicaciones legales de la decisión de trasladarse, sin embargo, no se indicaron concretamente tales implicaciones a fin de asumir con cierta certeza, que la señora CARDOZO CASTRO en realidad conocía de manera detallada cada uno de los pros y contras de su decisión. En segundo lugar, si bien es cierto de dicho documento se puede deducir que la promotora de la litis conocía que era beneficiaria del régimen de transición, no se advierte que también tuviera el conocimiento de la pérdida del mismo ante el traslado al RAIS, así como las otras circunstancias que influían en su mesada pensional ante un eventual reconocimiento pensional en cada uno de los regímenes pensionales.

Se concluye entonces que la administradora de pensiones incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional, por lo que además incumplió su deber de buen consejo y asesoría y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, máxime si se tiene en cuenta que, tal como lo ha aclarado nuestro órgano de cierre en la línea jurisprudencial que se toma como premisa normativa, *"...el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación... para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014)...» (Sentencia SL 1688 – 2019).

De otro lado, es dable precisar que, contrario a lo señalado por PORVENIR y conforme a lo asentado por el máximo tribunal, en la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado, se deben incluir los descuentos efectuados por gastos de administración y comisiones así como los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 6464 – 2019 en los siguientes términos:

“2. Las consecuencias prácticas de la ineficacia

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

Ahora bien, como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él para dilucidar el problema planteado:



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

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

Igualmente, en reciente sentencia SL1467-2021 se indicó que: "...en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”.

Así las cosas, resulta acertada la decisión del a quo de incluir en la condena los descuentos por gastos de administración, como consecuencia de la afiliación al RAIS, los cuales no pueden beneficiar a las administradoras, toda vez que, se reitera, el efecto de la ineficacia es que el acto jurídico de traslado desaparece y las cosas vuelven al estado inicial, de manera pues que no existe razón jurídica válida para que no se ordene su devolución a la verdadera administradora de pensiones a la que debió continuar afiliada la demandante de no haber sido por la omisión y el incumplimiento de las obligaciones de la AFP que debe asumir las consecuencias de tal conducta.

Corolario de lo anterior y de cara a los argumentos expuestos por COLPENSIONES en su recurso de alzada, advierte la Sala que la decisión adoptada en primera instancia no afecta el principio de la sostenibilidad financiera respecto de dicha entidad, pues como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2019:

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con el cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros”.

Quiere decir lo anterior que la AFP devolverá a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, independientemente de si ha cotizado a una administradora de pensiones pública o privada, debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación al RAIS nunca existió, por lo que la administradora actual de la demandante tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado al régimen de ahorro individual que posea la accionante hasta que se haga efectivo el traslado, en los términos indicados con anterioridad.

Por otra parte, basta simplemente señalar que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen efectuado por la señora CARDOZO CASTRO, significa que



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

las cosas vuelven al estado en que se hallarían si el traslado no se hubiere efectuado, esto es, la demandante debería retornar a CAJANAL que era su administradora de pensiones anterior al traslado, no obstante, con la expedición de la Ley 1151 de 2007 se ordenó al Gobierno la liquidación definitiva de CAJANAL, hecho que ocurrió en efecto con la expedición del Decreto 2196 del 12 junio de 2009.

Así las cosas, debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 692 de 1994 que en su parte pertinente dispuso: *"(...) Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Decreto, los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están. Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación. Los servidores públicos que al 1o. de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales"*.

Quiere decir lo anterior que la demandante debe afiliarse nuevamente al régimen de prima media con prestación definida a través de su única administradora actual que es la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por lo que también debe confirmarse la condena en este sentido.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción que se declaró no probada en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

imprescriptible como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial y de cara a lo señalado por PORVENIR, tal inoperancia también incluye los gastos de administración, pues el propósito de la ineficacia es retrotraer la situación como si el acto nunca hubiere ocurrido y además, conforme se indicó, dichos rubros contribuyen a la no vulneración de la sostenibilidad del sistema como consecuencia del traslado.

Por todo lo anterior, se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia en lo concerniente a la declaratoria de la ineficacia con el consecuente traslado de PORVENIR a COLPENSIONES de todas las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros sin lugar a descuentos por gastos de administración y comisiones y, por ende, se entiende que la demandante siempre ha estado vinculada al régimen de prima media con prestación definida.

Lo anterior daría paso al planteamiento del SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO relacionado con la solicitud de reconocimiento pensional, no obstante, de la documental obrante en el plenario relacionada en las premisas fácticas, advierte la Sala que la señora JUANA MARÍA CARDOZO CASTRO es empleada pública del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la declaratoria de ineficacia significa que siempre ha estado afiliada al régimen de prima media administrado por una persona jurídica de derecho público como es COLPENSIONES, como se indicó en líneas anteriores, por lo que este problema jurídico se sitúa en el numeral 4º del artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce, entre otros, de los siguientes procesos:

“...4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público...”

Con fundamento en lo anterior, no podría la jurisdicción ordinaria laboral resolver la pretensión relacionada con el reconocimiento pensional en este proceso, sino



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

que, una vez quede en firme la sentencia que ordena el traslado de régimen, tendría la demandante que reclamar su derecho pensional en vía administrativa a Colpensiones o, de ser necesario, acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dado su especial carácter de empleada pública afiliada a una entidad de derecho público como es COLPENSIONES. Con fundamento en lo anterior, deberán REVOCARSE los numerales CUARTO, QUINTO Y SEXTO de la sentencia, por medio de los cuales se declaró como beneficiaria del régimen de transición a la actora, se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez y se autorizaron los descuentos en salud sobre el retroactivo pensional.

Se CONDENAN EN COSTAS a PORVENIR S.A. a favor de la demandante en la suma de \$400.000 como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA 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 los numerales CUARTO, QUINTO y SEXTO de la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la decisión de primera instancia.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. en la suma de \$400.00 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ

Magistrada

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO

Magistrada

Salvo voto

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





Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A., OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLPENSIONES y a estudiar en grado jurisdiccional de Consulta la sentencia proferida el 7 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y seis Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora MARÍA LEONOR CALDAS MARTÍNEZ formuló demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional por la omisión al deber de información y, en consecuencia, se CONDENE a OLDMUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. al traslado de los aportes cotizados en COLPENSIONES y a esta última a aceptarlos y registrar a la demandante como su afiliada sin solución de continuidad.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, indicó la demandante que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1º de julio de 1988 donde cotizó un total de 644 semanas, se afilió a PORVENIR S.A. el 20 de septiembre de 2000, cuyo asesor no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el ISS, tampoco le indicó las desventajas del régimen y le entregó información sesgada y parcializada con el fin de concretar su traslado y recibir la comisión correspondiente con fundamento en la cual firmó el formulario de afiliación.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Explicó que actualmente está afiliada a OLDMUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda, COLPENSIONES la contestó oponiéndose a las pretensiones, toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna de que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de PORVENIR o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad de la demandante, por el contrario, lo que se advierte es que efectuó el traslado en forma libre y voluntaria. Formuló como excepciones las que denominó 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, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni de indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno y compensación.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, por cuanto para la fecha de afiliación de la demandante a esa administradora, le era plenamente aplicable la prohibición contenida en el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad para el reconocimiento de la pensión de vejez. Indicó además que la afiliación a SKANDIA es totalmente válida y se materializó bajo los lineamientos legales, normativos y jurisprudenciales que regula el acto jurídico, por tanto no existe causal de nulidad que la invalide. Finalmente en cuanto a los gastos de administración, señaló que no es procedente su devolución porque se cumplió con la administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante y las primas de seguro previsional se giraron a la aseguradora con lo cual la demandante se benefició, estuvo y ha estado cubierta



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de los riesgos de invalidez y muerte. Formuló como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, buena fe y los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el actor.

PORVENIR S.A. contestó oponiéndose también a las pretensiones de la demanda en la medida en que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, así como tampoco allega prueba que respalde la falta al deber de información. Formuló como excepciones las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 7 de septiembre de 2020 DECLARÓ la ineficacia del traslado efectuado por la señora MARÍA LEONOR CALDAS MARTÍNEZ el 1º de noviembre de 2000 del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, CONDENÓ a OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otro, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a OLD MUTUAL y a PORVENIR.

Como sustento de su decisión señaló que desde la misma ley 100 de 1993 literal b del artículo 13, se estableció la posibilidad para los afiliados de elegir entre los dos regímenes creados, a partir del pleno conocimiento que tuvieran de las características de cada uno y otras disposiciones posteriores, así como vasta jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

han avalado la necesidad de que los afiliados puedan tomar decisiones suficientemente informadas. Refirió que varias de las últimas sentencias proferidas por el órgano de cierre indicaron que la ineficacia del traslado de régimen pensional procede indistintamente que el afiliado al momento del traslado de régimen tenga o no el derecho pensional consolidado, tenga o no régimen de transición o esté próximo a acceder al derecho prestacional y que situaciones como que el afiliado tenga una re asesoría no permiten solventar esas irregularidades que se presentaron al momento de la vinculación inicial o entender que ya con ello la persona adquirió un conocimiento suficiente, pues la oportunidad para ello es en el momento en que se realiza el traslado y no con posterioridad, por lo que tampoco se sanean las irregularidades por el paso del tiempo o por la ratificación que se haga vinculándose a otras administradoras del RAIS, o por efectuar aportes voluntarios. Asimismo indicó que la Corte fue clara en señalar que la firma del formulario de afiliación no es suficiente para demostrar cuál fue la información que se brindó al afiliado y por ello no exime a las administradoras de exhibir las pruebas que sustenten la información que se dio al afiliado, que tampoco es viable aplicar las reglas de la nulidad, es decir que no debe exigirse la demostración de vicios del consentimiento, pues la consecuencia de una afiliación desinformada es la ineficacia, esto es, la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado y además ratificó el aspecto de la inversión de la carga de la prueba que hace que sean las administradoras del RAIS las que deben probar el suministro de información suficiente, clara y veraz al afiliado al momento del traslado. Argumentó que en el caso de la demandante la única prueba aportada fue el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. de folio 249 del plenario en el que se indicó que venía afiliada a CAJANAL, que era administradora del régimen de prima media con prestación definida y hoy la única administradora del régimen de prima media es COLPENSIONES luego debería ser la entidad a la que retorne la accionante. Señaló que la consecuencia de la ineficacia del traslado es la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado sin que puedan las AFP descontar lo pagado por concepto de gastos de administración pues no pueden obtener beneficio de un actuar que se puede entender que no se ajustó completamente a sus obligaciones legales.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

5. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación pues si bien en los fallos de la Corte se ha declarado la ineficacia del traslado, la misma Corporación ha indicado que cada caso se debe estudiar de forma particular y en este caso hay una ineficiencia de causa porque la demandante nunca estuvo vinculada con el ISS sino que una vez se expidió la ley 100 de 1993, la actora eligió el régimen de ahorro individual entonces no hay lugar a hablar de traslado de régimen sino que lo que ocurrió fue una vinculación inicial y si bien estuvo afiliada al régimen de prima media a través de CAJANAL, no fue beneficiaria del régimen de transición, no existía esa expectativa legítima que ha pretendido proteger la Corte en los fallos que acogió la a quo. Debe tenerse en cuenta además el nivel académico y profesional de la demandante, pues la Corte también habla de la importancia de distinguir entre un afiliado experto y uno lego, por lo que es dable tener en cuenta que la demandante es profesional y conocía las consecuencias de un negocio jurídico, por lo que no es acertado aducir que fue objeto de un engaño que se prolongó hasta cuando estaba inmersa en la prohibición de traslado. Prevalece además el interés general sobre el particular, pues no es dable poner en riesgo un sistema que garantiza el derecho a la seguridad social de personas que aportan al fondo común y son las AFP'S demandadas las que deben asumir las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones y no COLPENSIONES que no participó en el traslado de régimen.

OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. solamente presentó recurso respecto de los gastos de administración, pues las facultades ultra y extra petita de que goza el juez laboral, deben estar en congruencia con lo señalado en la fijación del litigio y en todo el debate probatorio, situación que no ocurrió en este caso pues solo con la sentencia se anunciaron dichas condenas. Adicionalmente los gastos de administración se clasifican en dos: comisión propiamente dicha que si bien es cierto se descuenta del aporte pensional, no está direccionada a financiar



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

la prestación económica, sino a la gestión que desarrollan los fondos de pensiones y COLPENSIONES no ha desarrollado ninguna actividad en la gestión y construcción de la historia laboral de la demandante, lo cual configuraría un pago de lo no debido o un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES porque este concepto no financia la pensión, en cambio OLD MUTUAL ha efectuado todas las actividades en cumplimiento de sus funciones. En cuanto al pago o la prima de seguro previsional, la demandante se vio beneficiada durante toda su vinculación a OLD MUTUAL por las contingencias de invalidez y sobrevivientes, se contrató con una aseguradora a la que fueron efectivamente pagadas las primas y como ya no reposan esos recursos en la administradora tampoco es procedente esa condena.

PORVENIR S.A. también interpuso recurso de apelación porque se demostró que la afiliación de la accionante obedeció a una decisión libre, espontánea, sin presiones e informada conforme a lo establecido en la ley para la fecha de afiliación, que PORVENIR cumplió con lo establecido en el decreto 720 de 1994 y en el decreto 694 de 1994. No puede pasarse por alto la decisión de ratificación de la demandante al afiliarse a fondos voluntarios de pensiones, además que las expresiones materializadas en el formulario de afiliación no pueden ser consideradas como una manifestación vacía y sin ninguna consecuencia, pues corresponde a una exigencia normativa que no puede ser ignorada como tampoco pueden ser desconocidos los efectos que produce y la circunstancia que conste en un formulario previamente impreso no resta validez a la manifestación realizada por la accionante ya que corresponde a la voluntad inequívoca expresada por ella de trasladarse de régimen. La CSJ ha señalado que el deber de información ha sido diametralmente diferente dependiendo de la época del traslado, en el caso que nos ocupa estamos frente a la primera etapa del deber de información y el único soporte que debía tenerse era el formulario de afiliación. Exigirle a PORVENIR obligaciones adicionales a la firma del formulario de afiliación que era el que se exigía para la época, sería equivalente a imponer una tarifa legal y exigirle a la demandada construir una prueba inexistente para la fecha de afiliación. Las ineficacias no pueden declararse en forma automática y el hecho de estar en



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

desacuerdo con la mesada pensional, no es razón válida para declarar la ineficacia de régimen pensional, más aun cuando la demandada cumplió con las obligaciones vigentes para la fecha de afiliación de la demandante. Los gastos de administración no fueron solicitados en las pretensiones de la demanda y estos tienen sustento jurídico en la ley 100 de 1993 por ende devolverlos causaría un perjuicio a la demandada mas aun que dichos emolumentos fueron destinados al fin que se pretendía como era la adquisición de seguros que cubriesen las contingencias de muerte y enfermedad que se encuentran garantizados durante toda la afiliación.

Como quiera que la decisión fue adversa a una entidad pública de la que la Nación es garante como es COLPENSIONES, se estudiará la sentencia también en grado jurisdiccional de consulta.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y la parte DEMANDANTE, PORVENIR y COLPENSIONES formularon alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal los cuales obran en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse INEFICAZ el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora MARÍA LEONOR CALDAS MARTÍNEZ y, por ende, deben trasladarse



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual en OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES?

PREMISAS NORMATIVAS

Sentencia 31989 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 09 de septiembre de 2008, con ponencia del Magistrado EDUARDO LOPEZ VILLEGAS.

Sentencia 33083 del 22 de noviembre de 2011, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 19447 de 2017 con ponencia del magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, con ponencia del Magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 3464 del 14 de agosto de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Sentencia SL 1467 del 21 de abril de 2021, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Asimismo, la Sala tiene en cuenta el artículo 4 del Decreto 2196 de 2009 por medio del cual se suprimió la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, se ordenó su liquidación y se designó un liquidador.

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que la demandante se trasladó del régimen de prima media administrado por CAJANAL al de ahorro individual mediante suscripción del formulario de afiliación el 20 de septiembre de 2000 con fecha de efectividad a partir del 1º de noviembre del mismo año, de conformidad con la solicitud de vinculación o traslado de la AFP PORVENIR visible a folio 249 del plenario.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, a juicio de esta Sala, PORVENIR S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a esa demandada y no a la demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., y que acoge la Sala de esta Corporación, pues 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, la única prueba con la cual la administradora demandada pretendió demostrar la debida información suministrada a la señora MARÍALEONOR CALDAS MARTÍNEZ fue con la suscripción del formulario de afiliación que tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el que no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor, por lo que en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

debía manifestar la demandante al trasladarse al RAIS, como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias tomadas como premisas normativas.

Esa carga probatoria tampoco la suplió la administradora OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. pues no se demuestra la debida asesoría otorgada al momento de su traslado a ella en la que se le explicaran las características del RAIS, las diferencias con el RPMCD ni las ventajas o desventajas de permanecer en el régimen de ahorro individual, información que aún podría ser oportuna para persuadir a la demandante de retornar al RPMPD, cuando todavía no estaba inmersa en la prohibición establecida en el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Se concluye entonces que las administradoras de pensiones incumplieron de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional, por lo que además incumplieron su deber de buen consejo y asesoría y vulneraron los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, máxime si se tiene en cuenta que, tal como lo ha aclarado nuestro órgano de cierre en la línea jurisprudencial que se toma como premisa normativa, *“...el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación... para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014)...» (Sentencia SL 1688 – 2019).

De otro lado, es dable precisar que, contrario a lo señalado por las demandadas en la sustentación del recurso de apelación y conforme a lo sentado por el máximo tribunal, en la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado, se deben incluir los descuentos efectuados por gastos de administración y comisiones así como los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 6464 – 2019 en los siguientes términos:

“2. Las consecuencias prácticas de la ineficacia

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Ahora bien, como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él para dilucidar el problema planteado:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Igualmente, en reciente sentencia SL1467-2021 se indicó que: *“...en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”*.

Así las cosas, resulta acertada la decisión de la a quo de incluir en la condena los descuentos por gastos de administración, como consecuencia de la afiliación al RAIS, los cuales no pueden beneficiar a las administradoras, toda vez que, se reitera, el efecto de la ineficacia es que el acto jurídico de traslado desaparece y las cosas vuelven al estado inicial, de manera pues que no existe razón jurídica válida para que no se ordene su devolución a la verdadera administradora de pensiones a la que debió continuar afiliada la demandante de no haber sido por la omisión y el incumplimiento de las obligaciones de las AFP que debe asumir las consecuencias de tal conducta.

Corolario de lo anterior, advierte la Sala que la decisión adoptada en primera instancia permite garantizar el principio de la sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES y del régimen de prima media con prestación definida, pues como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2019:

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con el cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros”.

Quiere decir lo anterior que la AFP devolverá a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, independientemente de si ha cotizado a una administradora de pensiones pública o privada, debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación al RAIS nunca existió, por lo que la administradora actual de la demandante tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado al régimen de ahorro individual que posea la accionante hasta que se haga efectivo el traslado, en los términos indicados con anterioridad y es por estas mismas razones que en



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ejercicio de las facultades ultra y extra petita del juez laboral, podía la a quo determinar que la devolución de los aportes no implicara el descuento de gastos de administración, pese a que no hubiese sido solicitado así en el libelo demandatorio, pues se trata de una decisión que más allá de beneficiar a la entidad administradora del régimen, beneficia a todos los aportantes al fondo común de pensiones pues garantiza el principio de sostenibilidad del sistema.

Por otra parte, basta simplemente señalar que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen efectuado por la señora MARÍA LEONOR CALDAS MARTÍNEZ, significa que las cosas vuelven al estado en que se hallarían si el traslado no se hubiere efectuado, esto es, la demandante debería retornar a CAJANAL que era su administradora de pensiones anterior al traslado, no obstante, con la expedición de la Ley 1151 de 2007 se ordenó al Gobierno la liquidación definitiva de CAJANAL, hecho que ocurrió en efecto con la expedición del Decreto 2196 del 12 junio de 2009.

Así las cosas, debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 692 de 1994 que en su parte pertinente dispuso: *"(...) Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Decreto, los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están. Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación. Los servidores públicos que al 1o. de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Quiere decir lo anterior que la demandante debe afiliarse nuevamente al régimen de prima media con prestación definida a través de su única administradora actual que es la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por lo que también debe confirmarse la condena en este sentido.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción que se declaró no probada en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial.

Son suficientes las anteriores razones para CONFIRMAR la decisión de primera instancia.

Se CONDENA EN COSTAS a PORVENIR S.A. y a OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. en la suma de \$400.000 cada una como agencias en derecho a favor de la demandante y se comparte la decisión de la juzgadora de primera instancia de no condenar en costas a COLPENSIONES por no haber sido esa entidad la que incumplió los deberes de buen consejo y asesoría que dieron lugar al inicio de este proceso.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y seis Laboral del Circuito de Bogotá el 7 de septiembre de 2020, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. en la suma de \$400.000 cada una como agencias en derecho a favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Magistrada

CON IMPEDIMENTO

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ

Magistrada

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO

Magistrada

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