



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 **26 2019 00114 01**
Demandante: LUIS ALEJANDRO MORCOTE
Demandado: COLPENSIONES

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., siete (07) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

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 estudiar el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de noviembre de 2020.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ANTECEDENTES

1. DEMANDA:

El señor LUIS ALEJANDRO MORCOTE presentó demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a fin de obtener el reconocimiento y pago del incremento del 14% por su cónyuge junto con la indexación e intereses moratorios.

2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó en síntesis que contrajo nupcias con la señora MARÍA PASCUALA VELANDIA DE MORCOTE el 29 de abril de 1972 data desde la cual comparten techo, lecho y mesa, que su cónyuge depende económicamente de él y no tiene rentas de capital ni pensión de ninguna naturaleza.

3. CONTESTACIÓN

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones tras aducir que al momento de solicitar el reconocimiento pensional, el demandante no acreditó que tenía cónyuge y que dependía económicamente de él, y por ende, no se puede solicitar el reconocimiento del incremento por no tener respaldo en la realidad fáctica y jurídica, habida consideración que no se estructuran los presupuestos de hecho ni de derecho del incremento del 14% de la mesada pensional. Formuló las excepciones que denominó: caducidad y prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, cobro de lo no debido y buena fe.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 09 de noviembre de 2020 CONDENÓ a reconocer y pagar al señor Luis Alejandro Morcote el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, DECLARÓ probada parcialmente la excepción de prescripción, respecto a los incrementos pensionales causados con anterioridad al 16 de febrero de 2016, CONDENÓ a la demandada COLPENSIONES al retroactivo que calculado al 31 de octubre de 2020 ascendía a la suma de \$7.164.354 y a continuar pagando hasta que perduren las causas que dieron su origen, esto es la dependencia económica de su cónyuge, ORDENÓ a que el incremento del 14% sea debidamente indexado desde el momento en que cada uno se hizo exigible y hasta el momento en que se produzca su pago efectivo, DECLARÓ no probadas las demás excepciones propuestas y CONDENÓ en costas a la demandada, como agencias en derecho la suma de \$800.000. Para arribar a dicha conclusión, arguyó la acreditación del requisito de la dependencia económica por la cónyuge del demandante.

5. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia COLPENSIONES interpuso recurso de apelación al aducir la pérdida de la vigencia de los intereses moratorios en el caso que nos ocupa. Además, y acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T y la S.S, la sentencia se analizará en el grado jurisdiccional de consulta como quiera que resultó totalmente adversa a las pretensiones del libelista.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y tanto COLPENSIONES como el demandante aportaron alegatos de conclusión por escrito 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

PROBLEMA JURÍDICO

¿Tiene derecho el demandante al reconocimiento y pago del incremento establecido en el literal b) del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990?

PREMISAS NORMATIVAS

El artículo 21 literal b) y el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del 11 de abril de 1990, establecen:

“ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

...b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión”

“ARTÍCULO 22. NATURALEZA DE LOS INCREMENTOS PENSIONALES. Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales y el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen. El Director General del ISS establecerá los mecanismos necesarios para su control”.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Igualmente, se tiene en cuenta la sentencia SU 140 del 28 de marzo de 2019 proferida por la Corte Constitucional, con ponencia de la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger, según la cual:

“...Conforme lo prevé el artículo 22 del Decreto 758 de 1990, los incrementos de que trata el artículo 21 ibídem no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez, cuestión que deriva en su naturaleza expresamente extra pensional. Se trata, entonces, de unos derechos accesorios a la pensión que se le haya reconocido a quien hubiera cumplido con los presupuestos previstos en cada uno de los literales del referido artículo 21, con la naturaleza de beneficios pensionales por fuera del sistema general de pensiones.

La aplicación de tales beneficios extra pensionales a una pensión causada con posterioridad a la expedición de la Ley 100 resulta incompatible con el inciso constitucional que predica que: “Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, (...) serán los establecidos en las leyes del sistema general de pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido.”

Mejor dicho, considerando que los incrementos de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 están incorporados en una norma anterior a la expedición de la Ley 100 de 1993, estos serían –por simples razones de vigencia en el tiempo– unos beneficios pensionales distintos de aquellos que, posteriormente, pudieron haber previsto y podrán prever las leyes del nuevo sistema general de pensiones; distinción ésta que explica la pérdida de eficacia de dichos incrementos por cuenta de su incompatibilidad con la regla constitucional atrás referida...

De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015”

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en primera instancia que el señor LUIS ALEJANDRO MORCOTE es beneficiario del régimen de transición y, en tal condición, le fue reconocida una pensión de vejez por parte del extinto ISS hoy COLPENSIONES con fundamento en el acuerdo 049 de 1990 a partir del 1° de febrero de 2007, mediante resolución No. 003981 del 30 de enero del mismo año.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, advierte la Sala que la Honorable Corte Constitucional, con la sentencia de Unificación 140 de 2019 elucidó las discrepancias que se habían forjado en torno a la vigencia de los incrementos pensionales del 14% y estableció la subregla de la pérdida de su vigencia a partir del 1 de abril de 1994 para quienes no alcanzaron el status pensional en el período de aplicación directa del Decreto 758 de 1990.

Comparte esta Sala los argumentos vertidos en la sentencia de unificación, la cual constituye doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento, máxime si se tiene en cuenta que, en efecto, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció el régimen de transición en procura de respetar las expectativas legítimas respecto de las normas que regulaban el derecho pensional antes de la entrada en vigencia del nuevo Sistema General de Seguridad Social Integral, en los estrictos aspectos de edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, excluyendo los demás beneficios contemplados en leyes anteriores.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Así las cosas, se advierte que en el presente asunto el ISS hoy COLPENSIONES reconoció la prestación pensional a la luz de lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición, a partir del 1° de febrero de 2007, es decir, que tal derecho pensional se causó con posterioridad al 1° de abril de 1994, lo que se traduce en la imposibilidad del reconocimiento del incremento por persona a cargo solicitado.

Lo anterior conlleva a que la decisión de primer grado sea revocada y en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda. Asimismo, a que se declare probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación. Sin costas en esta instancia por no haberse causado, las de primera instancia estarán a cargo de la parte 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 en su integridad la sentencia proferida el 09 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR POBADA la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Magistrada

MARTHA INES RUIZ GIRALDO
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 DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral: 1100131050 18 2018 00537 01
Demandante: EFRAIN GALLARDO BARBOSA
Demandados: PALMAS MONTERREY S.A.
COLPENSIONES

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de julio de 2020.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA:

El señor EFRAIN GALLARDO BARBOSA formuló demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la sociedad PALMAS MONTERREY S.A. y de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, para que, previo el trámite de un proceso ordinario laboral, se declare que entre PALMAS MONTERREY S.A. como empleadora y el señor EFRAIN GALLARDO BARBOSA como trabajador, existió un contrato de trabajo y que la empleadora no realizó los aportes a pensión del período comprendido entre el 15 de diciembre de 1980 y el 19 de mayo de 1986. Como consecuencia de lo anterior, se condene a



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

COLPENSIONES a realizar el cálculo actuarial del referido período y a PALMAS MONTERREY a pagar la suma correspondiente al mismo.

2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó el demandante que laboró para la demandada PALMAS MONTERREY S.A. desde el 15 de diciembre de 1980 hasta el 6 de febrero de 2011 en el cargo de capataz y que la empleadora solo lo afilió al sistema general de pensiones el 20 de mayo de 1986.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Debidamente notificadas las demandadas y corrido el traslado de rigor, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la contestó oponiéndose a la pretensión de la realización del cálculo actuarial, toda vez que hasta que exista decisión judicial con relación al vínculo laboral del actor, la administradora de pensiones puede realizar el cálculo actuarial, máxime si se tiene en cuenta que el demandante no ha aportado a COLPENSIONES los documentos que acrediten la relación laboral con PALMAS MONTERREY S.A. Formuló como excepciones las de prescripción, falta de legitimación en la causa, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES y no procedencia al pago de costas en instituciones públicas administradoras de seguridad social del orden público.

La demandada PALMAS MONTERREY S.A. se opuso a las pretensiones relacionadas con el pago del cálculo actuarial, toda vez que el actor desempeñó sus funciones en el municipio de Puerto Wilches (Santander) que solo fue llamado a inscripción por parte del ISS a partir del 24 de agosto de 1987, de conformidad con lo señalado en el decreto 1617 de 1987, no obstante, la empleadora de buena fe y con el fin de favorecer al demandante, pues no estaba obligada a ello, afilió al trabajador al ISS a partir del 20 de mayo de 1986 en la ciudad de Bogotá y efectuó a partir de dicha fecha y hasta la terminación del vínculo laboral, la totalidad de los



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

aportes a pensión causados a favor del demandante. Indicó además que el cálculo actuarial es un concepto que surgió con el artículo 33 de la ley 100 de 1993, de modo que la imposición de una condena a la demandada en los términos solicitados, implicaría la aplicación retroactiva de la ley 100 de 1993 y del decreto 1887 de 1994. Formuló como excepciones las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas – cobro de lo no debido, compensación, pago, prescripción, buena fe e imposibilidad de afiliación y aportes retroactivos al sistema.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de julio de 2020 declaró que entre el demandante y la empresa PALMAS MONTERREY S.A. existió un contrato de trabajo entre el 15 de diciembre de 1980 y el 6 de febrero de 2011 y ordenó a COLPENSIONES realizar el cálculo actuarial de los aportes correspondientes al 15 de diciembre de 1980 hasta el 19 de mayo de 1986 y condenó a PALMAS MONTERREY S.A. a efectuar el traslado de su valor a la administradora de pensiones. Para así decidir señaló que si bien es cierto con la implementación del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones no nació inmediatamente la obligación de pago de aportes a cargo de los empleadores y sobre todo en los municipios su cobertura fue en forma gradual, también lo es que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que esa responsabilidad de los empleadores no puede quedar inane y, por ende, concluyó que la demandada debe realizar los aportes al Sistema General de Pensiones a favor del demandante por los períodos señalado de acuerdo con el cálculo actuarial que emita COLPENSIONES y teniendo en cuenta las bases salariales señaladas por la demandada en la certificación de folio 109 del plenario. Declaró no probada la excepción de prescripción por cuanto los aportes al Sistema General de Pensiones constituyen un derecho cierto e indiscutible que no está sujeto a prescripción. Por los resultados del proceso declaró no probadas las demás excepciones formuladas por las demandadas.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el señor apoderado de la demandada PALMAS MONTERREY S.A. interpuso el recurso de apelación por considerar que el actor fue afiliado al Sistema General de Pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales el 20 de mayo de 1986 en la ciudad de Bogotá y no por omisión de la empleadora sino porque solo hasta el 24 de agosto de 1987 empezó la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte en el municipio de Puerto Wilches (Santander), fecha para la cual el demandante contaba con menos de 10 años de servicios y no había causado ningún derecho pensional a cargo del empleador bajo el régimen anterior. Señaló que antes del cubrimiento de los riesgos por el ISS, no había una norma que estableciera la realización de aporte alguno, lo cual resulta obvio en la medida en que no se cubría ningún riesgo y en ese sentido se incurre en una equivocación al pensar que pudiera causarse pago de aportes destinados a cubrir el riesgo de vejez, cuando aún no existía cobertura en la zona en la que prestó servicios el trabajador. Se debe destacar que ninguna obligación puede imponerse a la demandada con base en la ley 90 de 1946 como tampoco sanciones que están previstas en la ley 100 de 1993, pues la ley 90 fue derogada por el decreto 3850 de 1949 y este a su vez por el decreto 433 de 1971. Tampoco se puede aplicar la ley 100 de 1993 por cuanto entró en vigencia el 23 de diciembre de 1993, fecha para la cual el demandante ya estaba afiliado al sistema por lo que no habría lugar a que se impusiera ninguna sanción por hechos anteriores a la expedición de la norma. En caso de mantenerse la condena, solicitó que la obligación de pago de aportes no recaiga en su totalidad en el empleador, pues el 4% está a cargo del trabajador y, en consecuencia, constituiría un abuso del derecho condenar a la demandada a asumir la carga que por ley también le corresponde al demandante. Finalmente solicitó que se ordene a COLPENSIONES realizar el cálculo actuarial en forma inmediata, conforme a la certificación de salarios que obra en el proceso, sin exigir requisitos adicionales, toda vez que es parte en el proceso y tiene acceso al expediente.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES también interpuso el recurso de apelación y solicitó que se revoque la orden impartida a la entidad pues se trata de un trámite administrativo que debe ser solicitado por la parte interesada y para ello, a juicio de la entidad, deben cumplirse los requisitos exigidos por ella que le permiten emitir el cálculo actuarial de conformidad con lo solicitado y no simplemente con lo que obra en el expediente, pues la debida liquidación del cálculo depende de la información completa que suministre la entidad que requiera el cálculo, por lo que no podía emitirse condena contra COLPENSIONES, primero porque no le correspondía emitir el cálculo pues no conocía de la relación laboral que debió informar la empresa con la solicitud del cálculo actuarial. Por lo anterior solicita que se revoque la orden impartida a la entidad y se ordene a la empleadora realizar la solicitud formal ante COLPENSIONES.

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 la demandada PALMAS MONTERREY 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, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

¿Debía la sociedad PALMAS MONTERREY S.A. en calidad de empleadora efectuar los aportes a pensión del señor EFRAIN GALLARDO BARBOSA por el período comprendido entre el 15 de diciembre de 1980 y el 19 de mayo de 1986, pese a que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES solo autorizó la afiliación de los



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

trabajadores del municipio de Puerto Wilches (Santander) el 24 de agosto de 1987?

PREMISAS FACTICAS

Encontraron suficiente respaldo probatorio en el plenario las siguientes: entre el señor EFRAIN GALLARDO BARBOSA como trabajador y la sociedad PALMAS MONTERREY S.A. como empleadora existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 15 de diciembre de 1980 hasta el 6 de febrero de 2011, la empresa empleadora solamente lo afilió al Sistema General de Pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales el 20 de mayo de 1986, por cuanto los trabajadores del municipio de Puerto Wilches (Santander) donde el trabajador desempeñó sus funciones, solo fueron llamados a inscripción por la entidad de seguridad social el 24 de agosto de 1987.

PREMISAS NORMATIVAS

Parágrafo del artículo 33 de la ley 100 de 1993: *Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:*

...c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993...

... En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional...".



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Artículo 1º del decreto 1887 de 1994. *Campo de aplicación. El presente Decreto establece la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que deberán trasladar al Instituto de Seguros Sociales las empresas o empleadores del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, en relación con sus trabajadores que seleccionen el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y cuyo contrato de trabajo estuviere vigente al 23 de diciembre de 1993 o se hubiere iniciado con posterioridad a dicha fecha, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.*

Sentencia SL 4921 del 27 de octubre de 2021 con ponencia del Magistrado Luis Benedicto Herrera Díaz:

“...existe una decantada línea jurisprudencial en torno a las consecuencias que supone la no afiliación de los trabajadores al Instituto de Seguros Sociales, incluso en aquellos casos en los cuales no existía cobertura, ni obligación de inscripción, dado el avance progresivo que tuvo en aquel entonces el sistema, tanto en materia territorial como por sectores industriales.

Aunque hubo posiciones divergentes en el pasado, a partir de la sentencia CSJ SL9856-2014, el criterio respecto de que los empleadores deben responder por el cálculo actuarial correspondiente a períodos en los que la prestación del servicio estuvo a su cargo, pese a que no tuvieran la obligación de afiliar a los trabajadores al ISS por falta de cobertura, ha sido pacífico y uniforme. Así razonó entonces la Sala:

No se somete a duda que la dificultad, si no imposibilidad, logística y financiera que comportaba la implantación del sistema general de pensiones, impuso que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual; por ello, es perfectamente justificable que la asunción de los riesgos amparados por el mismo, no rigiera paralelamente en todas las regiones de la geografía nacional, sino que, en la medida en que se iba haciendo viable,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

la garantía que implicaba que las pensiones dejaran de estar a cargo del empleador, se fue extendiendo a zonas en las que las condiciones de variada índole permitían el avance. Incluso, no se desconoce que aún llegado el momento en que adquirió vigor jurídico la Ley 100 de 1993, un amplio sector no había alcanzado la protección.

Aun cuando es cierto el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

Precisamente el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer «El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta Ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

vejez para aquellos empleados y obreros que al momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar dicho riesgo serán menos favorables que las establecidas para aquellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley»; de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al patrono de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.

En efecto, bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

Si bien es cierto que la Sala mantuvo en el pasado una posición como la que reseña la censura en su escrito, lo cierto es que el criterio que se viene exponiendo es el que marca el derrotero a seguirse en lo que se refiere a la interpretación y aplicación de las normas relativas al tema, contenidas en la Ley 90 de 1946 y los reglamentos posteriores expedidos por el Instituto de Seguros Sociales, tal como se recordó, más recientemente, en la sentencia CSJ SL2879-2020:

La jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica ha adoctrinado que el empleador que no afilie a su trabajador al sistema de seguridad social, incluso debido a la falta de cobertura del ISS debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores (CSJ SL5790-2014, CSJ SL4072-2017 y SL14215-2017), máxime cuando se trata de períodos en que aquellas estaban a su cargo (CSJ SL17300-2014, CSJ SL4072-2017, CSJ SL10122-2017, CSJ SL5541-2018 y CSJ SL3547-



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

2018) y, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez (CSJ SL9856-2014, CSJ SL173002014, SJ SL14388-2015, CSJ SL10122-2017, CSJ SL15511-2017, CSJ SL068-2018, CSJ SL1356-2019, CSJ SL1342-2019 y CSJ SL1140-2020).

Ello es así, porque el pago del mencionado título a la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliado el trabajador, tiene por finalidad cubrir esos períodos no cotizados e integrar el capital que se requiere para el reconocimiento de la prestación de vejez, es decir, su único objetivo es que se perfeccione la subrogación de un riesgo que anteriormente asumía el empleador.

[...]

Lo anterior no implica la imposición de una obligación por fuera de la ley. Por el contrario, busca garantizar el derecho fundamental a la seguridad social de los trabajadores que no pueden verse perjudicados por la falta de cobertura del ISS, especialmente tratándose de periodos inequívocamente laborados y que, como tales, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales. (Subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto del entendimiento sobre la exigencia consignada en la Ley 100 de 1993, literal c) del párrafo del artículo 33, y el artículo 1.º del Decreto 1887 de 1994, en cuanto a que el vínculo laboral debía estar vigente, también la Corte se ha pronunciado en el sentido de que tal requisito es inaplicable, por cuanto no se aviene con una interpretación constitucional que consulte los principios del derecho laboral y la seguridad social, según se ha sostenido en las sentencias CSJ SL2138-2016, reiterada en la CSJ SL2584-2020 y memorada en la muy reciente CSJ SL1144-2021, en la cual se asentó:



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Por otra parte, en relación a la exigencia que el vínculo laboral debe estar vigente para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993, no resulta procedente este requerimiento, pues ello es inconstitucional y la obligación de afiliación al sistema de seguridad social en pensiones es permanente. En reciente providencia CSJ SL2584-2020, se reiteró lo adoctrinado en la sentencia CSJ SL2138-2016, en los siguientes términos:

« ... ese presupuesto de vigencia del contrato de trabajo, en una época determinada, deviene innecesario y contrario a los postulados de la seguridad social que ya se han reseñado, pues la obligación de afiliación es permanente e incondicional, a la vez que encuentra su causa en la prestación de los servicios del trabajador (CSJ SL, 30 Sep 2008, Rad. 33476), sin que en ello influya, en principio, la época en la que se mantuvo vigente la relación laboral.

Debe insistirse, de igual forma, en que la intención del sistema de seguridad social es la de integrar y solucionar financieramente las omisiones en la afiliación que se presentaron en el pasado, por cualquier causa (CSJ SL14388-2015), para garantizarle una protección adecuada y completa a los afiliados en sus contingencias, propósito para el cual no es relevante el hecho de que el contrato mantenga su vigencia en una determinada época, pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los empleadores mantenían la carga de la afiliación y, en subsidio de ello, de aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones.

Cabe decir también que la Corte Constitucional, haciendo eco, entre otras, de la jurisprudencia de esta Sala, ha sostenido que (...) el juez de la causa concreta debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre el aparte normativo “siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993” contenida en el literal “c” parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

y en la expresión similar contenida en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; y ordenar en su lugar el traslado del valor del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicio prestado por el trabajador».

...Acusa la sentencia de violar por la vía directa, en la modalidad de infracción directa, «del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en relación con los artículos 2, 33 parágrafo 1º literal c), 115 y 118 de esa normatividad».

Arguye que el yerro se presenta porque el Tribunal pasó por alto aplicar una norma que es pertinente al caso, por lo cual incurrió en un evidente dislate jurídico al no tener en cuenta que el pago del cálculo actuarial al que fue condenada Exxonmobil de Colombia SA, hoy Primax SA, debe ser pagado en un 75% por parte del empleador y el 25% restante por parte del extrabajador, como lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. En apoyo, cita las sentencias CC T-492-2013 y T-014-2016

...Pues bien, en relación con la acusación contenida en este cargo es necesario recordar el texto del parágrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993:

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

[...]

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

d) *El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.*

e) *El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.*

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional. (Subrayas y cursiva de la Sala)

La norma en cita establece los requisitos para acceder a la pensión de vejez y, en relación con el cómputo de semanas, indica que el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la dicha ley tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión debe tenerse en cuenta para efectos de la pensión, precisando que el empleador deberá trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un bono o título pensional.

De esta suerte, resulta claro que el precepto no previó la contribución por parte del trabajador para este propósito, y que lo aquí regulado dista de aquello a que se refiere la disposición acusada por la censura como omitida en su aplicación por el Tribunal, esto es, el art. 20 de la Ley 100 de 1993, para respaldar su tesis de que el extrabajador debe asumir una parte del cálculo actuarial que debe pagarse, según la cual, los empleadores deberán pagar el 75% de la cotización y los trabajadores el 25% restante.

Es que en ese último caso, la ley se refiere a la proporción que le corresponde pagar a cada uno, empleador y trabajador, en el evento de aplicación



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de las reglas generales de cotización al Sistema de Pensiones, en tanto que el párrafo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, regula una situación excepcional, bajo unos supuestos completamente diferentes, se itera, relacionados con el cómputo de semanas que se deben tener en cuenta para efectos de cumplir los requisitos para pensión y la manera de habilitarlas, cuando se presentan los supuestos señalados en los literales c), d) y e).

En ese mismo sentido se expresa el Decreto 1887 de 1994, en su artículo 1.º:

Artículo 1º Campo de aplicación. El presente Decreto establece la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que deberán trasladar al Instituto de Seguros Sociales las empresas o empleadores del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, en relación con sus trabajadores que seleccionen el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y cuyo contrato de trabajo estuviere vigente al 23 de diciembre de 1993 o se hubiere iniciado con posterioridad a dicha fecha, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Nótese que en el reglamento se señala de modo imperativo que las empresas o empleadores del sector privado «deberán» trasladar la reserva actuarial o el cálculo actuarial al ISS, con lo cual no queda ninguna duda de quiénes son los sujetos obligados y de cuál es el objeto sobre el que recae dicha obligación, sin que en esa relación participe en manera alguna el trabajador. Dicho en otras palabras, para el caso en concreto, el pago del cálculo actuarial a que se refiere el párrafo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 recae exclusivamente en el empleador.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CONCLUSION

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, sea lo primero indicar que la obligación de asegurar el riesgo de vejez siempre ha estado en cabeza del empleador, quien se beneficia de la actividad laboral del trabajador, por lo que, en principio asumió directamente el pago de la pensión de vejez a sus trabajadores y, posteriormente, con el surgimiento de los Seguros Sociales, subrogó esa obligación en el naciente Instituto de Seguros Sociales con la afiliación a la entidad y el consecuente pago de los aportes para pensión, con el objeto que, una vez cumplidos los requisitos legales, obtuvieran el derecho a la pensión a la culminación de su vida laboral productiva.

De manera pues que atendiendo a las normas legales, la paulatina y escalonada cobertura del Instituto de Seguros Sociales y el avance que en la materia tuvo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con la sentencia SL9856-2014, no puede desconocerse que aún ante la omisión en el llamado de afiliación por parte del ISS a trabajadores que laboraran en determinadas zonas geográficas del país, el empleador sigue siendo el responsable de la carga pensional y que si por un tiempo específico del contrato de trabajo no hubo cobertura de la entidad, mantuvo la obligación de hacer los provisionamientos de capital necesarios para efectuar los aportes correspondientes a la totalidad del período del contrato de trabajo, lo anterior teniendo en cuenta que, según las normas tomadas como premisas, todos los periodos laborados, cotizados y no cotizados, están llamados a integrar el capital necesario para el reconocimiento de la prestación de vejez, entonces el objetivo de la obligación del pago del cálculo actuarial es que se perfeccione la subrogación de un riesgo que anteriormente asumía el empleador, como lo han dejado claro las sentencias que ha proferido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en esta materia.

Ahora bien, en punto al recurso de apelación de PALMAS MONTERREY S.A. en cuanto a que para la época en que tuvo lugar el contrato de trabajo con el



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

demandante no existía norma que estableciera la obligación de afiliación del trabajador al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y que por ende, no podría aplicarse la ley 90 de 1946 o la ley 100 de 1993 para sustentar la condena de primera instancia, considera la Sala que es equivocada esa apreciación, pues en desarrollo del derecho a la seguridad social de los trabajadores, el literal c del párrafo del artículo 33 de la ley 100 de 1993 permite tener en cuenta para el reconocimiento pensional el tiempo laborado con empleadores que tenían a su cargo el derecho pensional de los trabajadores y para efectos interpretativos de esta norma, es indiferente que el contrato de trabajo haya tenido lugar antes o después de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, como lo ha señalado también nuestro órgano de cierre en distintas providencias, como se aprecia en las premisas normativas, pues la obligación de afiliación al sistema de seguridad social es permanente e incondicional y se sustenta en la prestación de los servicios del trabajador, sin que en ello influya la época en que estuvo vigente el vínculo laboral, pues desde antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, los empleadores mantenían la carga de la afiliación o, en subsidio de ello, de aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones, tal como también lo concluyó nuestro órgano de cierre en la sentencia que se toma como premisa normativa.

En cuanto a la solicitud de la apelante de que la condena sea solo por el pago del 75% que corresponde al aporte en cabeza del empleador, también la Alta Corporación se ocupó de este asunto y señaló que el pago del 75% a cargo del empleador y el 25% a cargo del trabajador, se refieren a la proporción que le corresponde pagar a cada uno en el evento de aplicación de las reglas generales de cotización al Sistema General de Pensiones que es un asunto distinto al regulado por el párrafo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 que es una situación excepcional relacionada con *el cómputo de semanas que se deben tener en cuenta para efectos de cumplir los requisitos para pensión y la manera de habilitarlas, cuando se presentan los supuestos señalados en los literales c), d) y e), precepto que no previó la contribución por parte del trabajador para este propósito*, por lo que la condena debe ser al pago total del cálculo actuarial de los



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

aportes correspondientes al tiempo laborado por el señor EFRAIN GALLARDO BARBOSA en la empresa PALMAS MONTERREY S.A. como lo determinó acertadamente el a quo.

Finalmente, no le asiste razón a COLPENSIONES en su recurso de apelación en cuanto a que debe revocarse la orden impartida pues la elaboración y posterior pago del cálculo actuarial debe estar precedido de la solicitud de la empleadora y las pruebas documentales que exige su reglamentación interna, toda vez que, si bien es cierto las normas que prevén tal figura señalan que el pago del cálculo debe hacerse a satisfacción de la entidad de seguridad social, COLPENSIONES desconocería una sentencia judicial en la que se discutió la existencia del contrato de trabajo y los salarios sobre los cuales debieron efectuarse los aportes si exige el agotamiento de tal trámite administrativo adicional a la sentencia, pues respecto de tales elementos fácticos no se genera duda alguna ya que, se reitera, fueron definidos en una sentencia judicial en un proceso en el cual fue parte COLPENSIONES, por lo que no debe someterse al trabajador ni a la empresa empleadora a realizar trámites administrativos innecesarios que se justifican en la medida que exista duda respecto del origen de la obligación pensional que asume tardíamente el empleador, lo cual no ocurre en este caso pues, se insiste, existe una sentencia judicial que lo define.

Son suficientes las anteriores razones para CONFIRMAR la sentencia apelada. COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada PALMAS MONTERREY S.A. en la suma de \$300.000 como agencias en derecho.

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 Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de julio de 2020, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada PALMAS MONTERREY S.A. en la suma de \$300.000 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



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 15 2019 00309 01
Demandante: MIGUEL ÁNGEL MONTAÑO DÍAZ
Demandados: COLPENSIONES
Vinculados: LEONARDO ALFONSO PEÑA ALARCÓN
NORA ANGÉLICA PEÑA RUÍZ

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

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 conocer en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida el 22 de julio de 2020 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El señor MIGUEL ÁNGEL MONTAÑO DÍAZ presentó demanda en contra de COLPENSIONES para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se declare a su favor el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del 19 de enero de 2011 fecha de la reclamación pensional.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones indicó que la señora Nohora Ruiz García falleció el 23 de enero de 2010 habiendo dejado causado del derecho pensional y con ocasión a dicho suceso, se presentó a reclamar la pensión de sobrevivientes el señor Leonardo Alfonso Peña Alarcón manifestando tener calidad de cónyuge, a quien le fue reconocido el derecho por parte de Colpensiones el 28 de abril de 2010 mediante resolución No. 011770; que presentó reclamación en su condición de compañero permanente el día 19 de enero de 2011, solicitud negada por Colpensiones por no acreditar la convivencia de los cinco años con la causante, radicó nuevamente solicitud pensional el 04 de julio de 2012 con la acreditación de su condición de compañero, sin embargo, en resolución No. 351774 del 03 de diciembre de 2013 Colpensiones negó las pretensiones con fundamento en la investigación realizada por dicha entidad, decisión contra la cual se interpusieron los recursos de reposición y apelación resueltos desfavorablemente y en los que se abstuvo de hacer pronunciamiento alguno hasta que el conflicto sea resuelto por la jurisdicción ordinaria.

De otro lado, señaló que el señor Leonardo Peña Alarcón no aportó ni un solo documento que acreditara la convivencia con la señora Nohora Ruiz al momento de efectuar la reclamación pensional, pues la única prueba consistió en la declaración extra juicio rendida por él mismo y testimonios posteriores al día 23 de enero de 2010, fecha de fallecimiento de la señora Nohora, es decir que durante 24 años de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

supuesta convivencia el señor Leonardo no posee ningún documento cierto, veraz que fuera expedido con anterioridad al fallecimiento de la causante, caso contrario a lo que ocurre con él, en la medida que en su momento oportuno anexó con la interposición de los recursos, acta de declaración que suscribió con la causante el 21 de julio 2006 en donde se acredita la convivencia permanente desde el 21 de julio de 2004 hasta el fallecimiento de su compañera. Asimismo que quedó registrado que dependía económicamente de su compañera permanente ya que la cuidaba, acompañaba al médico y demás tratamientos que requería para su bienestar, pruebas a las cuales Colpensiones le restó valor probatorio y solo tuvo en cuenta las declaraciones surtidas en la investigación administrativa.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

En el auto admisorio de la demanda se ordenó la integración del contradictorio con LEONARDO ALFONSO PEÑA ALARCÓN y NORA ANGÉLICA PEÑA RUÍZ y se ordenó la suspensión de la prestación pensional reconocida al señor PEÑA ALARCÓN de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 1204 de 2008.

COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a las pretensiones por considerar que no se evidencia prueba alguna que acredite que el demandante y la causante convivieron al menos 5 años anteriores a su fallecimiento y dado que el mismo actor reconoció una convivencia ininterrumpida y que además convivía simultáneamente con otra persona, se encuentra la ruptura de una unidad familiar encaminada al apoyo mutuo, la convivencia ininterrumpida, el compartir techo, mesa y lecho permanentemente, requisito exigido en el artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003. Formuló las excepciones de mérito denominadas: prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación.

A su turno LEONARDO ALFONSO PEÑA RUÍZ y NOHORA ANGÉLICA PEÑA RUÍZ contestaron la demanda oponiéndose a las pretensiones y formularon la excepción de “falta de requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

señor Miguel Ángel Montaña Díaz”, sustentada en que el señor Montaña Díaz no acreditó en los diferentes momentos en que presentó la solicitud pensional, los requisitos para acceder a la prestación correspondientes a los cinco años de convivencia, además que el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones le negó en diferentes ocasiones la pensión por la falta de veracidad en la información suministrada, evidenciada en la inconsistencia respecto a las fechas y al testimonio del señor Miguel Montaña suministrada en los extra juicio y aportados en la demanda inicial. En cuanto al señor Leonardo Alfonso Peña Alarcón logró demostrar a través de prueba documental y testimonial la convivencia permanente e ininterrumpida con la occisa por espacio de 24 años.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 22 de julio de 2020 CONDENÓ a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al reconocimiento y pago al demandante MIGUEL ÁNGEL MONTAÑO DÍAZ y al señor LEONARDO ALFONSO PEÑA ALARCÓN de la pensión de sobrevivientes que fuera reconocida mediante resolución 11770 de 2010 en el valor allí establecido a partir del 23 de enero del año 2010 con la distribución de ese valor pensional al señor MIGUEL ÁNGEL MONTAÑO DÍAZ en un 7% y al señor LEONARDO ALFONSO PEÑA ALARCÓN el 93% y a que las diferencias que se adeudan al señor MIGUEL ÁNGEL MONTAÑO DÍAZ del 7% se paguen debidamente indexadas desde la fecha de causación de cada una y hasta su momento efectivo de pago, DECLARÓ probada la excepción de prescripción respecto al 7% del derecho pensional a favor del demandante causado con anterioridad al 07 de mayo de 2016, ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra específicamente lo correspondiente a la condena al pago de intereses moratorios, además, de cualquier derecho que le pudiera corresponder a la señorita NORA ANGÉLICA PEÑA RUIZ por no acreditar su condición de hija de la causante y encontrarse afectado por el fenómeno jurídico de prescripción cualquier derecho respecto de ella, AUTORIZÓ a COLPENSIONES efectuar el descuento del porcentaje de aportes en salud y una vez ejecutoriada la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

providencia, ordenó la reactivación del pago correspondiente al 93% al señor LEONARDO ALFONSO PEÑA ALARCÓN.

Como sustento de su decisión dejó por sentado que la causante tenía la condición de afiliada al ISS hoy Colpensiones y que además dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, situación que no está en discusión, pues de conformidad con la resolución No. 011660 del 28 de abril de 2010 se reconoció el derecho al señor LEONARDO PEÑA ALARCÓN, por lo que el problema a definir es si además de LEONARDO, le asiste derecho al demandante.

Precisado lo anterior, señaló que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1739 del 03 de junio de 2020 cambió su postura al indicar que la convivencia de los cinco años solo procede en casos de fallecimiento del pensionado, pero no se exige respecto del afiliado y bajo dicha posición pasó a analizar las pruebas obrantes dentro del proceso y, en su criterio, cobraron relevancia los interrogatorios de las partes, por ser quienes conocieron directamente la situación particular.

Respecto del señor MIGUEL ÁNGEL MONTAÑO DÍAZ, refirió en su interrogatorio tres fechas diferentes en relación al inicio de la convivencia, 2002, 2004 y luego 2006, por lo que valorado bajo el ejercicio de la sana crítica concluyó al a quo que la convivencia entre el demandante y la causante tuvo lugar desde el año 2006, pues al respecto el testigo ALEXANDER GOMEZ DUQUE señaló que llegó a vivir a la misma casa de la pareja en el 2007, evidenciando que para dicha época ya estaban conviviendo, aunque el deponente también faltó a la verdad en las declaraciones extra proceso donde señaló que la convivencia de la pareja inició en el año 2002, cuando dentro del proceso refirió que tan sólo conoció al demandante en el 2007, por lo que dicha prueba documental pierde cualquier peso probatorio. Además, refirió que la declaración extra juicio de folio 14 suscrita por la causante NOHORA y el demandante MIGUEL ÁNGEL el 21 de julio de 2006, en donde indican que vivían en unión libre desde hacía más de dos años, tampoco puede tenerse en cuenta por cuanto el mismo actor refirió que necesitaban esa declaración para afiliarlo al sistema de seguridad social en salud, además que el señor MIGUEL



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

confesó que la convivencia inició a partir del año 2006, de este modo, el Juez consideró que efectivamente hubo convivencia entre la pareja, como dijo la señorita NORA ANGÉLICA, hija del causante, que en su familia no iban a aceptar que su madre tuviera una relación, pero sí se dieron cuenta que su progenitora se iba y además a convivir con MIGUEL ÁNGEL, testigo que se percibió muy imparcial, quien aclaró que su padre tuvo hijos extramatrimoniales y tenía pareja y por esa razón, su madre también tuvo otra pareja, acreditándose la convivencia con MIGUEL ÁNGEL desde el año 2006 hasta el mes de enero de 2010, lo cual arroja un periodo de cuatro años de convivencia, tiempo con el cual no tendría derecho con los preceptos anteriores, sin embargo, con la nueva posición jurisprudencial acreditó los requisitos para acceder a la prestación, aclarando además que se advirtió la preparación de la testigo FRANCY MILENA CHAVARRO, sobrina del demandante, quien relató situaciones que no corresponden a la realidad, respondía previo a terminar la pregunta y faltó a la verdad en la declaración extrajuicio allegada donde indicó que la convivencia de la pareja en cuestión inició en el año 2000, por lo que no merece credibilidad y solo se tuvieron en cuenta las demás pruebas que dan fe de la convivencia ocurrida por espacio de cuatro años.

En cuanto al señor LEONARDO ALFONSO PEÑA ALARCÓN, señaló que se percibió sincero en sus declaraciones, quien indicó en declaración extraproceso del 14 de agosto de 2012 que convivió con la señora NOHORA desde el año 1981 hasta el año 2009 cuando decidieron separarse, misma situación que mencionó al momento de absolver el interrogatorio y, así mismo, las testigos NORA ANGÉLICA y LUZ MARINA RUÍZ GARCÍA relataron las circunstancias particulares que tuvo la relación, que el señor LEONARDO primero fue esposo de LUZ MARINA RUÍZ GARCÍA y estando ella embarazada luego de cuatro meses se fue a vivir con la causante NORA hermana de LUZ MARINA y por tal situación la pareja se fue a vivir a una casa diferente pero luego regresaron a la casa familiar, que LEONARDO tuvo otras relaciones extramatrimoniales lo que creó resentimiento en la causante quien también empezó una nueva relación con MIGUEL ÁNGEL a quien conoció porque hizo unas obras en su casa y así LUZ MARINA manifestara que no estuvo de acuerdo con la relación entre su hermana y MIGUEL ÁNGEL dadas las diferencias



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

a nivel profesional, la causante mantuvo dicha relación y, por ende, concluyó el juez que el señor LEONARDO mantuvo una convivencia con la causante desde el año 1981 hasta el 2010 correspondiente a un periodo de 29 años como compañero permanente, presentándose una convivencia simultanea desde el año 2006 con MIGUEL ÁNGEL y por ende le corresponde al señor LEONARDO un porcentaje del 93% y al demandante del 7% en proporción al tiempo de convivencia.

Por otra parte, adujo la improcedencia de los intereses moratorios como quiera que ya la Corte ha sido clara en indicar que en estos casos de pensión de sobrevivientes en donde la entidad deja en suspenso el reconocimiento hasta que la justicia laboral decida, no procede el reconocimiento y en su lugar hay lugar al pago de la indexación por ser un simple fenómeno económico.

En punto a la excepción de prescripción, puso de presente la reclamación pensional radicada por el demandante el 26 de enero de 2011 la cual fue negada y una nueva petición del 04 de julio de 2012, la cual no revive términos por lo que se debe tener en cuenta la solicitud inicial y como quiera que la presentación de la demanda ocurrió hasta el 07 de mayo de 2019, las mesadas en porcentaje del 7% anteriores al 07 de mayo de 2016 se encuentran afectadas por fenómeno prescriptivo.

Finalmente, señaló en relación a un posible derecho de la señorita NORA ANGÉLICA PEÑA RUÍZ, que el expediente se halla huérfano de la prueba del parentesco con la causante, que es el registro civil de nacimiento e incluso si existiera el mismo o de aceptarse tal condición, los posibles derechos estarían afectados también por el fenómeno jurídico de la prescripción.

5. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la decisión resultó adversa a una entidad pública de la que la Nación es garante como es COLPENSIONES, se envió el proceso en 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 y la parte demandante formularon 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 el señor MIGUEL ÁNGEL MONTAÑO DÍAZ su condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de la señora NOHORA RUÍZ GARCÍA en calidad de compañero permanente?

PREMISAS NORMATIVAS

Teniendo en cuenta que la fecha de fallecimiento de la causante fue el 23 de enero de 2010, según registro civil de defunción que obra a folio 12, 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 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 superviviente 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 de 1993, la Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse y referirse al grupo de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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...

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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...

En cuanto al tiempo de convivencia del afiliado fallecido la sentencia SL 1730 -2020. Radicación N° 77327 del tres (3) de junio de dos mil veinte (2020):

“En relación con el objeto de la controversia, la doctrina reiterada de la Corte, entre otras, en las sentencias CSJ SL 32393, 20 may. 2008, CSJ SL 45600, 22 ag. 2012, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068- 2016, CSJ SL347-2019, ha sido enfática en señalar, que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado.

Como consecuencia de la nueva integración de la Sala, se considera oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva doctrina frente a la correcta interpretación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que se armonice con los fines del Sistema Integral de Seguridad Social en general, y de la pensión de sobrevivientes en particular, así como con las razones que llevaron a establecer el requisito mínimo de convivencia allí previsto, y conforme a ellas, bajo qué presupuesto debía operar.

(...)

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de afiliados al sistema no pensionados, y la de pensionados, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

(...)

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que el fallecimiento de la señora NOHORA RUÍZ GARCÍA ocurrió el 23 de enero de 2010 y en consecuencia, le fue reconocida la pensión de sobrevivientes al señor LEONARDO PEÑA ALARCÓN por parte del ISS en resolución No. 011770 del 28 de abril de 2010 en cuantía inicial de \$515.000. Que el señor MIGUEL ÁNGEL MONTAÑO DÍAZ presentó solicitud de la pensión de sobrevivientes el 19 de enero de 2011 que dio lugar a la resolución No. 030002 del 26 de agosto de 2011, por la cual se negó la prestación por no ser clara la convivencia dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento de la causante y nuevamente radicó solicitud el 04 de julio de 2012 en la que se negó el derecho por no establecerse la convivencia requerida, decisión confirmada en las resoluciones que resolvieron los recursos de reposición y apelación.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Ahora, en declaración extraproceso rendida el 21 de julio de 2006 ante la Notaria 53 del Círculo de Bogotá por la causante NOHORA RUÍZ GARCÍA y el demandante MIGUEL ÁNGEL MONTAÑO DÍAZ indicaron: “...vivimos bajo el mismo techo y de forma permanente e ininterrumpida en unión libre desde hace más de dos (2) años y de nuestra unión no existen hijos. Así mismo manifestamos que los gastos del hogar de asistencia médica, alimentación, vestuario y demás son solventados por NOHORA ya que MIGUEL no labora en ninguna entidad ni pública, ni privada ni de forma independiente, por tal razón él no se encuentra afiliado a ninguna entidad promotora de salud EPS de otra entidad”.

En declaración extraproceso rendida bajo la gravedad de juramento por el demandante MIGUEL ANGEL MONTAÑO DÍAZ ante la Notaria 47 del Círculo de Bogotá el 12 de enero de 2011 señaló que: “convivió en unión marital de hecho, de manera permanente e ininterrumpida bajo el mismo techo, desde el 17 de abril de 2000 con la señora NOHORA RUÍZ GARFCÍA (Q.E.P.D)...hasta el 23 de enero de 2010 día de su fallecimiento, que compartimos techo, lecho y mesa Declaro que los gastos económicos del hogar eran compartidos ente los dos” y en la declaración del 06 de septiembre de 2012 surtida ante el ISS, indicó que convivió con NOHORA RUÍZ GARCÍA desde el año 2000.

En interrogatorio rendido dentro del presente proceso, el señor MIGUEL ÁNGEL MONTAÑO DÍAZ manifestó que conoció a la señora NOHORA en el año 1996, cuando rompió la relación que tenía con su compañera de ese entonces y se fue a vivir a casa de sus padres donde a pocas cuadras quedaba un colegio de nombre Instituto Julio Simón Benavides en el cual laboraba la señora NOHORA RUÍZ como profesora, se hicieron amigos porque asistió a varios eventos del Colegio a los que era invitado porque todos los hijos de sus vecinos estudiaban ahí. Aclaró que desde el año 1996 hasta el 2000 fueron amigos, luego, ella le propuso formalizar la relación pero que su pareja anterior LEONARDO PEÑA le impedía tener otra relación y ya en el año 2002 NOHORA le dijo que ya había solucionado su situación e iniciaron con una amistad de confianza, donde ella iba a su casa, él iba a la de ella, la causante le presentó al grupo familiar, y ya en el año 2006 la relación se consolidó,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

la señora NOHORA se fue a vivir con él a su casa, pero en la casa de la mamá de NOHORA, ella tenía sus pertenencias, su alcoba, sus libros porque la mamá no la dejaba sacar nada, a lo que él le manifestó que no necesitaba traer esas cosas ya que él se las podía dar y que tal situación ocurrió así hasta el momento de la defunción en enero de 2010.

Al indagar por la relación de la causante y LEONARDO refirió que los “pillaba” encontrándose clandestinamente y que ella no podía evitar verlo porque tenían una hija de por medio. Por otra parte, afirmó haber asistido a las exequias de su compañera las cuales fueron costeadas por la hermana de NOHORA, la señora LUZ MARINA pues en ese momento él no tenía una buena situación económica. Aseguró que la señora NOHORA vivió en su casa desde el año 2004, en el sentido de que sacaron un crédito y se afianzó la relación por los créditos que adquirieron como pareja, punto sobre el cual, el despacho le indagó el por qué en declaraciones extra proceso rendidas por él y los señores ALEXANDER GÓMEZ DUQUE y FRANCY MILENA CHAVARRO aseguraron que MIGUEL y NOHORA, convivieron bajo el mismo techo desde el 17 de abril de 2002, frente a lo cual señaló que él residía en la calle 37 y la señora NOHORA en la calle 51, lo que quiere decir que entre ambas casas habían tres cuadras, entonces la causante alternaba la convivencia en su casa, luego iba a la de él, por lo que le pidió aclaración sobre en cuál casa se iba a quedar y ella le decía que eso en qué le afectaba si ella le cumplía como esposa y en la parte afectiva.

De otro lado, se escuchó en interrogatorio al señor LEONARDO PEÑA ALARCÓN quien señaló haber convivido con la señora NOHORA de manera permanente desde el año 1986, inicialmente en el barrio Chapinero, que en ese año se casaron y después se fueron a vivir a la casa de su mamá, que su hija nació en 1987 cuando se regresaron a vivir a la casa de su suegra en donde compartieron y convivieron hasta la celebración de fin de año del 2009 y ella falleció el 23 de enero de 2010, luego de lo cual se regresó nuevamente a Chapinero. Relató que en Chapinero tenían una casa familiar y tenía donde quedarse cuando estaban disgustados. Recalcó que tuvo una convivencia permanente con la causante desde 1986 hasta



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

el 31 de diciembre de 2009, además que distinguió a MIGUEL ÁNGEL MONTAÑO en el año 2007, porque LUZ MARINA hizo una remodelación en el apartamento de ella y él llegó recomendado por NOHORA y cuando MIGUEL terminó el trabajo, NOHORA adquirió una camioneta y él se ofreció a trabajar para obtener mayores ingresos, relató que la causante a veces se iba de la casa porque ellos tenían diferencias como cualquier pareja, aclarando que no se iba del todo porque tenían una hija y ella estaba pendiente de sus cosas como ama de casa, pero de pronto los fines de semana decía que se iba para donde una amiga sin embargo, él no era consiente que su compañera tenía una amistad afectiva con el señor MIGUEL ÁNGEL, situación que reiteró, se presentó desde el año 2007. De otra parte, precisó que las exequias fueron sufragadas por LUZ MARINA y la otra parte por él.

Así mismo obra en el expediente declaración rendida por el mismo señor LEONARDO AFONSO PEÑA ALARCÓN el 14 de agosto de 2012 ante el Instituto de Seguros Sociales dentro del trámite de investigación administrativa de dicha entidad, en la cual manifestó haber convivido con la señora NOHORA RUÍZ GARCÍA desde el año 1981 hasta el año 2009 cuando decidieron separarse y a los meses ella falleció, que durante la relación no se separaron, sólo por problemas de pareja, pues la separación definitiva fue en el año 2009, que tuvieron una hija de nombre NORA ANGÉLICA PEÑA RUÍZ quien en esa época tenía 23 años de edad, estaba en la universidad y vivía con la abuela de nombre MARIA EDUVINA GARCÍA DE RUÍZ y la tía LUZ MARINA RUÍZ GARCÍA en el barrio Muzu. Además mencionó que la causante tenía una relación con MIGUEL ANGEL de lo cual se enteró a lo último, porque era conductor de una camioneta de reparto y con esa camioneta fue que atropellaron a NOHORA. Mencionó que tenía otros tres hijos, que veía por ellos pero nunca vivió con la mamá.

Se practicó el testimonio de NORA ANGÉLICA PEÑA RUÍZ, hija de la causante y el señor LEONARDO, quien manifestó que ambos tuvieron una relación normal con inconvenientes, que sabe que su padre tuvo otros hijos más o menos desde el 2005, por lo que cree que eso dio origen a que su madre buscara otras cosas, recalcó que sus padres fueron una pareja común y corriente, que la relación se deterioró pero



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ellos siempre trataron de estar juntos por ella, que a veces había fines de semana que no estaban en la casa, él se iba a visitar a sus hijos y ella tampoco estaba. Respecto de la relación entre su mamá y el señor MIGUEL ÁNGEL, refirió que nunca no le dijo nada pero lo suponía pues había fines de semana que no estaba, MIGUEL ÁNGEL estuvo arreglando la casa, él le manejaba una camioneta, compartía mucho tiempo con él, razón por la cual asumía que pasaba algo entre los dos.

En la declaración rendida por NORA ANGÉLICA PEÑA RUÍZ ante el ISS manifestó igualmente que el señor MIGUEL ÁNGEL era el conductor de la camioneta de su mamá y al parecer tenía una relación sentimental con ella. Mencionó que su madre y su padre LEONARDO vivieron juntos hasta unos meses antes del fallecimiento de su mamá porque la relación de ellos estaba muy mal debido a la relación que tenía su progenitora con MIGUEL. Relató que NOHORA a veces los fines de semana se desaparecía porque decía que tenía que entregar pedidos fuera de la ciudad y desconoce si se iba para la casa de él o a entregar los pedidos, así mismo, que la casa donde vivía la causante previo a su fallecimiento era el mismo lugar donde ella vivía con su abuela. Mencionó que su madre era docente y como estaba aburrida de eso, compró la camioneta y en vacaciones se iba a entregar los pedidos con MIGUEL para ahorrarse la plata del ayudante de la camioneta.

De otro lado, la testigo LUZ MARINA RUÍZ GARCÍA manifestó que el señor LEONARDO fue su esposo, que el matrimonio se celebró en 1980 y duró cuatro meses, pues su hermana NOHORA RUÍZ GARCÍA inició una relación con LEONARDO en 1981, razón por la cual se extinguió su matrimonio. Manifestó que LEONARDO y NOHORA vivieron en Chapinero y luego regresaron a la casa en el barrio Mozu, que ella (la testigo), se ausentó y organizó su hogar pero volvieron todos a la misma casa materna. Indicó que su hermana y el señor LEONARDO convivieron de manera consecutiva desde esa época hasta más o menos el año 2009 cuando tuvieron inconvenientes. En cuanto al señor MIGUEL ÁNGEL, indicó que su hermana se lo presentó como amigo como en el año 2006, que posteriormente MIGUEL ÁNGEL le colaboró con una obra en su casa en el 2007, refirió que la causante se ausentaba los fines de semana para estar con él, lo que



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ocurrió más o menos desde el año 2007 y la relación estuvo vigente hasta el fallecimiento de su hermana el 23 de enero de 2010. De otro lado, relató que convivió con NOHORA casi toda la vida, pues se criaron juntas, que el motivo de la muerte de su hermana fue un accidente de tránsito a raíz de lo cual se inició un proceso penal en contra de MIGUEL ÁNGEL MONTAÑO DÍAZ, pues consideran que el relato de él, respecto de lo sucedido en el accidente en el que estuvo involucrada la camioneta de la causante, no era creíble. Indicó además que fue con su sobrina a recoger las cosas que tenía su hermana en la casa de MIGUEL ÁNGEL y que ella cubrió las exequias de la causante.

Por otra parte, obra declaración extraproceso rendida por ALEXANDER GÓMEZ DUQUE y FRANCY MILENA CHAVARRO MONTAÑO el 12 de enero de 2011 ante la Notaria 47 de Circulo de Bogotá, el primero señaló conocer a MIGUEL ÁNGEL MONTAÑO DÍAZ hacía cinco años y la segunda de toda la vida, además manifestaron que el señor MIGUEL convivió en unión marital de hecho de manera permanente e ininterrumpida, bajo el mismo techo desde el 17 de abril de 2000 con la señora NOHORA RUÍZ GARCÍA (q.e.p.d.) hasta el 23 de enero de 2010 día de su fallecimiento, que compartieron techo, lecho y mesa y los gastos económicos del hogar eran compartidos entre los dos.

Así mismo declararon en el presente proceso, los señores ALEXANDER GOMEZ DUQUE y FRANCY MILENA CHAVARRO MONTAÑO, ambos esposos, el primero señaló que trabaja como patrullero en la Policía y conoció a MIGUEL ÁNGEL porque vivió en la casa de él pagando arriendo desde noviembre del año 2007 hasta el año 2016 aproximadamente, que MIGUEL ÁNGEL vivía en el primer piso y él en el tercer piso. Manifestó que cuando llegaron a la casa conocieron a la señora NOHORA RUÍZ que convivía con el demandante, que siempre los veía juntos en la casa, los fines de semana NOHORA los invitaba a un almuerzo o la comida y él también hacía lo mismo. Declaró que los veía todos los días cuando salía a trabajar como una pareja normal, porque la casa tenía espacios comunes y NOHORA dormía también todas las noches en la casa donde habitaban, además, que conoció la habitación de MIGUEL y NOHORA y que a veces la causante les pedía permiso para ir al tercer



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

piso a lavar la ropa de ellos. De otro lado, mencionó que NOHORA no le comentó que tuviera una pareja de forma simultánea y no sabe si tenían otros hijos. Refirió que MIGUEL ÁNGEL trabajaba como conductor en una camioneta donde repartía mercancía y NOHORA era profesora. Que la causa de la muerte de la afiliada fue un accidente ocurrido en el año 2010, estuvo presente en las exequias y le colaboró a MIGUEL en medicina legal.

En relación al extra juicio suscrito por él, mencionó el testigo que se hizo para acreditar la convivencia pues le solicitaron colaboración para servir de testigo, punto sobre el cual se le indagó por qué en dicha declaración del 12 de enero de 2011 dijo haber conocido a MIGUEL cinco años atrás, es decir en el 2006 y en el proceso refiere que desde el 2007, a lo cual reiteró que en noviembre de 2007 llegaron a vivir en la casa y desde esa época convivieron con la pareja hasta el deceso de la señora NOHORA en el año 2010, por lo que conoció a MIGUEL desde el año 2007. Igualmente fue indagado del porqué en el extrajuicio mencionó constarle que la convivencia de la pareja inició desde el año 2000, señalando que no recordaba muy bien ese documento porque conoció al demandante en el año 2007 y con anterioridad solo sabía que era el tío de su esposa porque en ese entonces tenían una relación de novios.

A su turno, la señora FRANCY MILENA CHAVARRO MONTAÑO, relató que su tío MIGUEL ÁNGEL convivió con NOHORA mucho antes de haber conocido a su esposo en el año 2006, que frecuentaba la casa de su tío, la cual era de tres pisos, en el primero estaba la cocina en el segundo los cuartos donde vivía MIGUEL ÁNGEL esporádicamente su mamá y NOHORA y en el tercer piso vivía una tía con sus dos hijos y su esposo. Indicó que como ella era muy cercana a su tía frecuentaba la casa y veía que NOHORA asesoraba en tareas a su primo, luego de su dicho se le preguntó concretamente desde cuando empezó a ver a NOHORA en la casa de su tío pero señaló que no recordaba fechas. Indicó que vio situaciones de una convivencia pues conoció el cuarto de la pareja que tenía el closet, una mesa de noche, la cama, el televisor y que había a veces inconvenientes. Mencionó que antes de vivir en esa casa la frecuentaba una vez cada quince días y luego se pasó



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

a vivir cuando estaba embarazada en noviembre y NOHORA la aconsejaba porque tuvo un embarazo de alto riesgo.

De otro lado mencionó que la pareja tenía una camioneta chiquita, en la cual MIGUEL ÁNGEL vendía dulces y repartía papel higiénico esporádicamente, que NOHORA le ayudaba los fines de semana, ella se rebuscaba dando asesoramientos o tareas y era profesara de primaria. Refirió que NOHORA le comentaba que tenía problemas con la familia, le contó un poco de su historia y solo conoció de nombre a la hermana Luz Marina. También refirió que NOHORA no le comentó que tuviera otra pareja, pero que sí cometió un error porque se involucró con el esposo de su hermana y a partir de allí decía que le había empezado la mala suerte. También indicó que conoció a ANGÉLICA porque era la hija de NOHORA y ella iba a la casa, que la relación entre ambas no era buena porque la familia se dañó y que la causante le comentó respecto del padre de ANGÉLICA que “pasó lo que pasó y ya” y que nunca vivieron como pareja.

Mencionó que en las fechas especiales como navidad, compartían mucho en la casa, a veces NOHORA iba un rato con la señora María (su madre), que ella tuvo un crédito en el Banco Caja Social y a la casa llegaban los recibos cuando ella compró una lavadora. En otro punto refirió que la familia de NOHORA no estaba muy de acuerdo con la relación de ella con MIGUEL, porque era una profesional y él un conductor, además que ANGÉLICA siempre vivió con su abuela MARÍA y nunca se quedó en la casa. Que en las condolencias en el cartel de las exequias decía que su tío era el esposo de NOHORA y fue él quien acompañó en sus últimos años a NOHORA, a quien le daba muy seguido cistitis y siempre iban ambos en la camioneta al médico.

De otro lado se le interrogó si la causante pasó navidad con MIGUEL en el año 2009, frente a lo cual refirió que viajó para esa época, pero recordaba la navidad de 2008 cuando su hija estaba recién nacida, se hizo un evento en la casa donde estaba su mamá (de la testigo), su tía GLORIA y NOHORA, que por lo general NOHORA iba para donde su mama y se estaba un rato con ella.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Se le indagó igualmente por la declaración rendida en el año 2011 en donde aseguró que la convivencia entre el demandante y la causante tuvo lugar desde el año 2000, a lo cual expuso ser cierto, pues como lo indico antes en la casa vivía una tía y ahí veía a NOHORA, pero refirió no recordar desde que fecha.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las premisas normativas y en atención a la nueva posición de nuestro órgano de cierre, para que el compañero permanente adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes de la afiliada fallecida, es indispensable que se demuestre que hizo vida marital con la causante a la fecha del fallecimiento sin la exigencia mínima de cinco años, pero sí se debe acreditar la convivencia entendida como la *“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”*.

En el caso que nos ocupa, considera la Sala, contrario a lo concluido por el juez de primera instancia, que las pretensiones del libelo introductorio no encontraron pleno respaldo probatorio en el proceso, toda vez que las pruebas documentales, los interrogatorios rendidos y las testimoniales practicadas conducen a contradicciones que impiden formar el convencimiento de la real convivencia entre el demandante y la causante a la fecha del fallecimiento, por las siguientes razones:

En primer lugar, los testigos ALEXANDER DUQUE GÓMEZ y FRANCY MILENA CHAVARRO MONTAÑO decretados a favor de la parte demandante, declararon bajo la gravedad de juramento ante Notaria que les constaba la convivencia entre la señora NOHORA y el señor MIGUEL ANGEL desde el 17 de abril de 2000, sin embargo al momento de rendir su testimonio el señor DUQUE GOMEZ aseguró que solo en noviembre de 2007 conoció a MIGUEL ANGEL y por ende, no le consta nada anterior a dicha data y en el mismo sentido, la señora FRANCY MILENA refirió que desde el año 2006 frecuentó la casa de su tío MIGUEL donde veía a la señora NOHORA, por lo que faltaron a la verdad en la declaración extra proceso cuando



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

manifestaron que les constaba la convivencia desde el año 2000, además de ello, el mismo demandante, señor MIGUEL ÁNGEL MONTAÑO DÍAZ indicó al momento de absolver el interrogatorio que la causante se alternaba la convivencia entre su casa y la de la mamá, donde tenía sus pertenencias y en el mismo sentido los testigos NORA ANGÉLICA PEÑA RUÍZ y LUZ MARINA RUÍZ GARCÍA manifestaron que la señora NOHORA vivía en la casa de su madre, donde también vivían ellas, pero que los fines de semana se ausentaba, suponían que para donde el señor MIGUEL ÁNGEL, sin embargo, contrario a dichas declaraciones incluida la del demandante, el testigo ALEXANDER DUQUE GÓMEZ aseguró que vio todos los días a la señora NOHORA en la casa del señor MIGUEL, lo que no se acompasa con lo relatado por los demás declarantes. Aunado a lo anterior, llama la atención que la señora FRANCY MILENA CHAVARRO MONTAÑO señaló tener conocimiento de la existencia de la hija de la causante de nombre ANGÉLICA que a veces iba a la casa, pero el testigo ALEXANDER DUQUE desconocía que la señora NOHORA tuviera hijos por fuera de su relación con el señor MIGUEL, a pesar de que ambos testigos son esposos y convivieron bajo el mismo techo que el demandante y la causante según su dicho, así mismo y contrario a lo expuesto por todos los demás declarantes, la deponente FRANCY MILENA CHAVARRO, indicó que la señora NOHORA sólo tenía como pareja al señor MIGUEL y que no tuvo relación con LEONARDO el padre de su hija, aspecto que contraría de igual manera lo dicho por los demás testigos, para quienes era claro que la señora NOHORA convivió bajo el mismo techo con el señor LEONARDO y su hija por lo menos hasta el año 2009, así las cosas las declaraciones vertidas por ALEXANDER DUQUE y FRANCY MILENA CHAVARRO no llevan al convencimiento de una verdadera convivencia entre MIGUEL ANGEL y la causante, por cuanto, se insiste, bajo la gravead del juramento faltaron a la verdad en la declaración extra proceso del 12 de febrero de 2012 y, además, sus manifestaciones en el trámite de primera instancia fueron contradictorias frente a lo expuesto por los demás testigos que lucieron espontáneos y coherentes, lo que impide a la Sala dar credibilidad a las mismas y por ende se desestiman en el estudio del derecho pensional reclamado por el actor.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Ahora bien, el a quo le dio relevancia al interrogatorio rendido por el señor MIGUEL ÁNGEL MONTAÑO RUÍZ para dar por demostrada la convivencia con la señora NOHORA desde el año 2006, sin embargo, es dable recordar que no es procedente que la parte fabrique su propia prueba con el interrogatorio, pues su declaración debe ser respaldada con los demás medios probatorios que allegue al proceso, máxime cuando en esa declaración rendida por el actor también se advierten profundas contradicciones, pues en un primer momento señaló en declaración extrajudicial haber convivido con la causante desde el 17 de abril de 2002, en otra declaración se extrae que la convivencia inició en el 2004 y en el interrogatorio rendido en el trámite del proceso manifestó que desde el 2002 iniciaron una amistad de confianza, que convivieron en el 2004 y luego ratificó que fue en el 2006 cuando la relación se consolidó y NOHORA se fue a vivir a su casa, lo que quiere decir, que, tampoco son concordantes las versiones que ha dado el demandante y por ende, su propio dicho no puede ser considerado de manera aislada.

Así las cosas y al remitirnos a lo dicho por los otros testigos, se tiene que la señorita NORA ANGÉLICA hija de la causante, cuya declaración lució libre, espontánea e imparcial, relató que entre su padre LEONARDO y su madre NOHORA existió una relación normal, vivían juntos pero LEONARDO tuvo hijos por fuera, la relación se deterioró y su madre se ausentaba los fines de semana, compartía mucho tiempo con MIGUEL ÁNGEL porque él le conducía su camioneta y asumía que pasaba algo entre ambos, declaración de la cual se desprende que la señora NOHORA siempre vivió con su hija y el señor LEONARDO pero los fines de semana no se encontraba en el hogar y que existía una posible relación entre ella y MIGUEL ANGEL, sin que así se pueda concluir la existencia de una verdadera convivencia con comunidad de vida con el demandante de esa sola declaración.

También se tiene el testimonio de LUZ MARINA RUÍZ, hermana de la señora NOHORA, quien indicó al igual que NORA ANGÉLICA, que la causante vivió con su hija, Leonardo, la madre de ambas y ella en una casa, cada familia en un piso, que conoció a MIGUEL ÁNGEL en el año 2006, la causante se empezó a ausentar de la casa más o menos desde el año 2007 y tuvo una relación con MIGUEL ÁNGEL



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

hasta el fallecimiento ocurrido en el año 2010, declaración de la cual tampoco es dable concluir los aspectos propios de la convivencia que exige la norma, pues a lo sumo se puede inferir que la señora NOHORA se ausentaba de su hogar los fines de semana para estar con MIGUEL ÁNGEL con quien, en efecto tenían una relación sentimental y él le conducía la camioneta, pero no existe prueba suficiente que forme el real convencimiento de que en realidad existió ese acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja, de la cual se excluyen incluso *“las relaciones que a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida...”*

Lo mismo se concluye del interrogatorio rendido por LEONARDO ALFONSO PEÑA RINCÓN, quien aseguró que distinguía a MIGUEL ÁNGEL MONTAÑO desde el año 2007, que la causante a veces se iba de la casa porque ellos tenían diferencias como cualquier pareja, los fines de semana decía que se iba para donde una amiga, sin embargo, él no era consiente que su compañera tenía una amistad afectiva con el señor MIGUEL ÁNGEL.

En ese orden, advierte la Sala que si bien el demandante mantuvo una relación sentimental con la señora NOHORA RUÍZ, la cual inició, conforme a los testimonios y concretamente el de la señora LUZ MARINA RUÍZ desde el año 2007, lo cierto es que la causante siempre vivió en la casa de su madre, en donde vivía su hermana en un piso y en otro, ella con el señor LEONARDO y su hija, además, que las ausencias de la causante los fines de semana no se traducen en que ejercía una real convivencia de manera simultánea con el señor MIGUEL ÁNGEL, pues bien se pudo tratar de encuentros como pareja en la casa y habitación del mismo, sin que ello implique que ambos tuvieran comunidad de vida y un lazo familiar perdurable, situación que correspondía acreditar al demandante y no lo hizo, pues como se vio, los testigos decretados a su favor no merecen credibilidad para la Sala y las demás declaraciones no son suficientes para demostrar el requisito de la convivencia de la forma referida, por lo que habrán de negarse las pretensiones incoadas por el actor.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

En otro giro, el señor LEONARDO PEÑA ALARCÓN como parte dentro del presente proceso, se escuchó en interrogatorio, quien señaló haber convivido con la señora NOHORA inicialmente en el barrio Chapinero desde 1986 y luego en la casa de la madre de la causante hasta el 31 de diciembre de 2009, sin embargo, en este punto su declaración es contradictoria con lo manifestado en la investigación adelantada por el ISS el 14 de agosto de 2012, en la que refirió haber convivido con la señora NOHORA desde el año 1981 hasta el 2009 cuando decidieron separarse definitivamente y a los meses falleció, es decir que la separación en efecto ocurrió en el año 2009 pues así también lo había declarado la testigo NORA ANGÉLICA su hija y LUZ MARINA, sin embargo, el señor LEONARDO señaló que dicha convivencia se extendió hasta el 31 de diciembre de 2009, cuando había declarado ante el ISS que, luego de la separación su compañera falleció meses después, lo que deja entrever que al momento de la muerte de la causante ocurrida el 23 de enero de 2010, el señor LEONARDO y la señora NOHORA ya estaban separados definitivamente meses antes y en ese orden, en su condición de compañero no tendría derecho a la pensión de sobrevivientes por no cumplir con el requisito indispensable de la convivencia al momento del fallecimiento y así se declarará en la presente decisión pues si bien el señor LEONARDO no incoó demanda, lo cierto es que se hizo parte en el proceso a fin de determinar si tenía o no mejor derecho que el señor MIGUEL ÁNGEL MONTAÑO DÍAZ, por lo que en protección al sistema y estando la jurisdicción facultada para estudiar el derecho de la prestación económica en cuestión en el grado jurisdiccional de consulta, se declarará que el señor LEONARDO ALFONSO PEÑA ALARCÓN tampoco tiene derecho a la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de NOHORA RUÍZ GARCÍA.

En atención a todo 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 conocerse en grado jurisdiccional de consulta.



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 22 de julio de 2020 por el Juzgado Quince 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 el demandante **MIGUEL ÁNGEL MONTAÑO DÍAZ**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el señor **LEONARDO ALFONSO PEÑA ALARCÓN** no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de **NOHORA RUÍZ GARCÍA** en calidad de compañero permanente, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia por tramitarse el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



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 21 2019 00579 01
Demandante: LUIS ALEXANDER GARZÓN MARTÍNEZ
MARILU SALGADO ESPINOSA
Demandada: COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre 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 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de octubre de 2020.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

Los señores LUIS ALEXANDER GARZON MARTINEZ y MARILU SALGADO ESPINOSA interpusieron demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS con el fin que se les reconozca y pague la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hija SORANLI CAROLINA GARZÓN SALGADO junto con los intereses moratorios.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones indicaron que el 22 de enero de 2017 falleció su hija SORANLI CAROLINA GARZON SALGADO quien se encontraba afiliada a COLFONDOS S.A. y había realizado aportes para los riesgos de invalidez, vejez y muerte durante 406 días o 58 semanas. Indicaron que a la fecha de su fallecimiento la causante vivía con sus padres, quienes dependían económicamente de ella.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS la contestó oponiéndose a las pretensiones toda vez que conforme a la investigación y verificación de información efectuada por la Compañía de Seguros Bolívar S.A., se determinó que los demandantes no dependían económicamente de su hija fallecida, pues para el momento de la contingencia, el señor LUIS ALEXANDER GARZÓN MARTÍNEZ percibía ingresos como ayudante de construcción y la señora MARILU SALGADO ESPINOSA percibía ingresos de \$400.000 por su trabajo en oficios varios, de manera que si en algún momento la afiliada les ofreció dinero a sus padres, estamos ante la colaboración de un buen hijo de familia, más no frente a un aporte subordinante o que fuera indispensable para su subsistencia, máxime que los ingresos de la joven de 20 años solamente alcanzaba para cubrir sus propios gastos y no sería posible colaborar a persona alguna, además porque los recibía de manera irregular. Formuló como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe, enriquecimiento sin causa, pago y compensación y prescripción.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 8 de octubre de 2020 declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa y negó las pretensiones de la demanda, por considerar que si bien



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

está demostrado que SORANLI CAROLINA GARZON SALGADO dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes por haber cotizado más de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento, los demandantes no acreditaron su condición de beneficiarios, pues no está demostrada la dependencia económica de los padres respecto de su hija fallecida, pues las declaraciones vertidas en el proceso así como las extrajuicio rendidas en una notaría, no generan el pleno convencimiento a la falladora de esa dependencia económica, como requisito sine qua non para ser beneficiarios de la prestación económica que reclaman. Indicó que los declarantes se refirieron a alguna ayuda o colaboración que la hija les prestaba a sus padres, pero no se entiende ésta como una subordinación de ayuda económica ni puede tomarse como un elemento determinante del derecho de los demandantes, encontrándose que dicha colaboración corresponde a la que normalmente dan los hijos como apoyo en algunas erogaciones a sus padres, máxime si se tiene en cuenta que vivía con ellos bajo el mismo techo, sin que eso se traduzca en una dependencia económica. Concluyó entonces que las manifestaciones de los declarantes LEONARDO LOAIZA CASAS y GLORIA PATRICIA ORREGO CASTIBLANCO no ratificaron las manifestaciones vertidas en las declaraciones extrajuicio que cada uno de ellos rindió, en las que indicaron genéricamente que los demandantes dependían económicamente de su hija sin señalar ningún tipo de detalle o razón que justifiquen el conocimiento de esa situación. Finalmente indicó la a quo que el Juez Laboral está habilitado para darle mayor credibilidad a unos medios probatorios sobre otros, atendiendo al principio de la libre formación del convencimiento, sin que pueda indicarse con ello que se vulnere el debido proceso o que haya una violación de la ley procesal, pudiendo fundar válidamente su decisión en esos medios probatorios que le merecen mayor credibilidad.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante interpuso el recurso de apelación toda vez que si bien es cierto los demandantes trabajaban en actividades de construcción y en casas de familia, también lo es que durante



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

toda su vida laboral han percibido ingresos de manera esporádica, su nivel de estudios nunca les ha permitido un trabajo estable para ser autosuficientes y garantizar el derecho a una vida digna para lo cual dependían económicamente de su hija SORANLI CAROLINA GARZON SALGADO quien les proveía dinero para cubrir el arriendo de la vivienda, los servicios públicos, alimentación y vestido y con su fallecimiento quedaron desprotegidos, la prestación que reclaman permitía garantizar a los demandantes una subsistencia digna y acceso a la seguridad social, por lo que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes que dejó causada la afiliada, desde el 22 de enero de 2017.

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.

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

¿Acreditaron los señores LUIS ALEXANDER GARZÓN MARTÍNEZ y MARILU SALGADO ESPINOSA el requisito de la dependencia económica para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su condición de padres de la afiliada fallecida SORANLI CAROLINA GARZON SALGADO?



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PREMISAS FACTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en primera instancia que SORANLI CAROLINA GARZON SALGADO falleció el 22 de enero de 2017, era hija de LUIS ALEXANDER GARZON MARTINEZ y de MARILU SALGADO ESPINOSA. Estaba afiliada a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en donde cotizó para pensión durante más de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento.

PREMISAS NORMATIVAS

Artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003:

“ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

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

Sentencia SL 2242-2021 del 28 de abril de 2021, M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez:

“...la Sala considera oportuno reiterar, como lo indicó el ad quem, que sobre el requisito de la dependencia económica la jurisprudencia de manera reiterada ha establecido, en concordancia con lo dispuesto en la sentencia C-111-2006 de la Corte Constitucional, que tal exigencia no puede identificarse con una sujeción total y absoluta del presunto beneficiario a los ingresos económicos que percibía el causante, de modo que no excluye la existencia de otras rentas o fuentes de recursos, propios o provenientes de terceros, pues no es necesario que se encuentre en estado de mendicidad o indigencia (CSJ SL 1169-2019,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CSJ SL1913-2019, CSJ SL3783-2019 y CSJ SL4167-2020). De modo que en el proceso lo que debe acreditarse es que al momento del fallecimiento del afiliado sus padres no eran autosuficientes económicamente y que la ausencia de recursos que aquel proveía no les permitiría llevar una vida o preservar su existencia en condiciones dignas.

Sentencia SL2022 del 19 de mayo de 2021, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

“...esta Sala ha señalado que la circunstancia de que existan otras ayudas adicionales a la del de cujus, no la hace autosuficiente, pues si se logra evidenciar que el porcentaje con el que este contribuía era preponderante en cuanto a la congrua subsistencia de la actora, aquellas se tornan meramente esporádicas y mínimas en comparación con la ofrecida por el causante.”

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, coincide la Sala con la decisión de primera instancia, toda vez que no acreditaron los señores LUIS ALEXANDER GARZON MARTINEZ y MARILU SALGADO ESPINOSA que dependieran económicamente de su hija SORANLI CAROLINA GARZON SALGADO, teniendo en cuenta que la ayuda o colaboración que brindaba a sus padres es aquella que corresponde hacer a una buena hija de familia, máxime si se tiene en cuenta que compartía su lugar de habitación con ellos y, por ende, era lógico que contribuyera con algunos de los gastos acorde con los ingresos que percibía.

Debe tenerse en cuenta que las declaraciones de los señores LEONARDO LOAIZA CASAS y GLORIA PATRICIA ORREGO CASTIBLANCO, al igual que para la Señora Juez a quo, no ofrecen suficientes elementos de juicio para determinar la dependencia económica que exige la norma, pues la señora GLORIA



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PATRICIA es una testigo de oídas quien solamente relató lo que le contaba SORANLI CAROLINA y los demandantes, pues aceptó que en el año 2013 se fue del barrio donde era vecina de la familia GARZON SALGADO y apenas los visitaba cada 7 meses o cada año y se hacían una que otra llamada, de manera pues que no le consta la dependencia económica que aseguró que existía, en la declaración extra juicio rendida ante la Notaría 58 por lo que ni lo dicho en esa declaración ni en la declaración rendida en el juzgado puede tenerse en cuenta. Tampoco ofrece credibilidad alguna el testimonio del señor LEONARDO LOAIZA CASAS quien primero informó que cuando “KOKORIKA” murió, pues ni siquiera recordó su nombre, vivía en otro barrio y se veía con la familia cada mes o 2 meses o eventualmente en alguna reunión y se comunicaban por teléfono con CAROLINA cada 15 o 20 días, pero posteriormente indicó que se veían cada 15 días porque se visitaban en sus respectivas casas, más allá de eso, durante el curso de su declaración refirió que conoce de la dependencia económica de los demandantes respecto de su hija porque tanto la niña como sus papás siempre se lo comentaban, lo que quiere decir que también es un testigo de oídas y no le consta directamente la dependencia económica que dijo conocer en la declaración extrajuicio rendida también ante la Notaría 58, por lo que tampoco puede tenerse en cuenta ninguna de sus declaraciones.

Pues bien, de lo manifestado por el propio demandante señor LUIS ALEXANDER GARZÓN MARTÍNEZ se extrae que la colaboración que su hija SORANLI CAROLINA le prestaba a él y a su compañera MARILU, no era permanente y más bien se trataba de la colaboración con la que cada uno de los miembros del hogar contribuía en la medida de sus posibilidades y cuando trabajaban, pues ni ellos ni SORANLI CAROLINA realizaban una actividad laboral continua y permanente sino que cada uno trabajaba esporádicamente y cuando lo hacían colaboraban con los gastos, es así como el demandante indicó que *“Carolina era quien nos colaboraba, cuando yo trabajaba entre todos nos colaborábamos, cuando yo no tenía trabajo ella era la que nos colaboraba al menos con una libra de arroz llegaba a la casa, ella a veces nos pagaba lo de la tienda donde sacábamos fiado, a veces nos colaboraba con los servicios, con la panela, la leche, prácticamente daba todo*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

cuando yo no estaba trabajando porque yo a veces duro 1 o 2 meses sin trabajo”. Afirmaciones estas que no son coincidentes con las de la señora MARILU SALGADO ESPINOSA quien indicó que era su hija quien pagaba el arriendo, los servicios y hacía el mercado, aunque posteriormente aceptó que esos gastos los asumían entre su esposo y su hija quienes reunían el sueldo de los dos con esa finalidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, advierte la Sala que, tal como se concluyó en primera instancia, las manifestaciones hechas en la demanda y en el interrogatorio de parte rendido por la señora MARILU SALGADO ESPINOSA según las cuales fue su hija quien asumió la totalidad de los gastos del hogar desde el año 2015 hasta su fallecimiento, no encuentran respaldo probatorio alguno, de manera pues que, si bien es cierto según la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, el requisito de la dependencia económica *no puede identificarse con una sujeción total y absoluta del presunto beneficiario a los ingresos económicos que percibía el causante, de modo que no excluye la existencia de otras rentas o fuentes de recursos, propios o provenientes de terceros, pues no es necesario que se encuentre en estado de mendicidad o indigencia*, en el caso que ocupa la atención de la Sala no está demostrado que fuera la afiliada quien asumiera la totalidad de gastos del hogar como lo indicaron en la demanda, sino que más bien su contribución o colaboración eran esporádicas y correspondían a los gastos que debía asumir por vivir bajo el mismo techo con sus papás, quienes además tenían ingresos propios con los que también contribuían al sostenimiento del hogar que todos compartían. Tampoco está demostrado que la situación económica actual de los actores hubiese sufrido una mengua o menoscabo significativos, pues más bien se advierte que continúan desarrollando sus actividades laborales proveyéndose lo necesario para su subsistencia como lo hacían antes del fallecimiento de la afiliada.

Son suficientes los anteriores argumentos para CONFIRMAR la sentencia apelada COSTAS en esta instancia a cargo de los demandantes en la suma de \$300.000 como agencias en derecho.



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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de octubre de 2020 por el Juzgado Veintiuno 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 parte demandante en la suma de \$300.000 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada



MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



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 17 2018 00685 01
Demandante: JOSÉ RICARDO FLOREZ MARTÍNEZ
Demandado: COLPENSIONES

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., siete (07) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

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 estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada COLPENSIONES y en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de julio de 2020.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El señor JOSÉ RICARDO FLÓREZ MARTÍNEZ interpuso demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que previos los trámites procesales se declare que la pensión de invalidez reconocida es compatible con la pensión sanción que le viene pagando FERROCARRILES NACIONALES, se condene a reembolsarle la suma de \$22'478.224 que de manera irregular dispuso consignar a favor de la UGPP, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso.

2. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda en legal forma, COLPENSIONES la contestó oponiéndose a las pretensiones, tras aducir que la naturaleza de la pensión de invalidez que se reconoce es de carácter compartida y es evidente que Colpensiones debe contabilizar la totalidad del tiempo cotizado. Formuló las excepciones denominadas: prescripción, presunción de la legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 21 de julio de 2020 DECLARÓ NO PROBADAS las excepciones de cobro de lo no debido y prescripción propuestas por la Administradora Colombiana de Pensiones, CONDENÓ a COLPENSIONES a devolverle al demandante JOSÉ RICARDO FLÓREZ MARTÍNEZ, la suma de \$21'478.224, por concepto de retroactivo de mesadas pensionales causadas a su favor, CONDENÓ el pago debidamente indexado una vez se efectúe y ABSOLVIÓ a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Como sustento de su decisión señaló en síntesis que la pensión sanción reconocida al actor por Ferrocarriles Nacionales de Colombia asumida por la UGPP y la pensión de invalidez a cargo de Colpensiones, tienen una fuente de financiamiento diferente, con distintos estatutos, y que incluso si se dejara de lado esa consideración, bajo la ley 100 de 1993 no es posible una doble asignación que cubra un solo riesgo, advirtiéndose que en este caso, no se trata del mismo origen y contingencia. Además, precisó que desde la expedición del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, se estableció la incompatibilidad entre las pensiones legales reconocidas por el empleador y las de vejez que debía reconocer el ISS, desde luego las pensiones legales incompatibles con el nuevo esquema de seguridad social que se implementó con el citado acuerdo fueron aquellas estatuidas para cubrir la pensión de vejez y no las que se establecieron para garantizar la estabilidad laboral del empleo o impedir que se despidiera de manera injusta al trabajador después de haber laborado un tiempo requerido de servicios y por ello le impidiera acceder a la pensión de jubilación. De otro lado, mencionó que los dineros que conforman el fondo común administrado por Colpensiones no corresponden al tesoro público y que la pensión reconocida por el empleador no choca con la pensión del régimen de prima media, máxime cuando fue reconocida antes de la expedición de la ley 100 de 1993. En complemento de lo anterior, refirió que conforme a la Circular 01 de 2012 expedida por Colpensiones, el giro del retroactivo procede cuando en el documento de reconocimiento pensional se indique que es de carácter compartida, que el mayor valor está a cargo del empleador, que exista manifestación expresa del empleador donde se establezca una de las dos situaciones o que exista la autorización del trabajador, observándose sin dificultad que en el presente caso no se configura ninguna de las circunstancias referidas pues revisado el acto administrativo que reconoció la pensión al demandante no se señaló el carácter de compartida, el pago del mayor valor, que el retroactivo fuera girado al empleador, ni tampoco existe documento por parte del trabajador con la autorización del giro del retroactivo del empleador como lo alegó Colpensiones como sustento de su defensa. Por lo tanto, refirió que no se cumplen las figuras jurídicas para haber



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

girado el retroactivo a la UGPP y al establecerse que la pensión sanción no es de carácter compartida no pueden acogerse los argumentos de Colpensiones y hay lugar a ordenar la devolución al demandante del retroactivo, los cuales fueron girados de manera equivocada a la UGPP.

En punto a los intereses moratorios consideró que no existió mora en el reconocimiento pensional pues al demandante se le reconoció y pago una pensión de invalidez existiendo simplemente discusión respecto de cuál era el destino final que debían tener los dineros que conformaron el retroactivo y en su lugar ordenó la indexación por la pérdida del poder adquisitivo del retroactivo.

De otro lado, refirió que no prospera la excepción de prescripción toda vez que entre la fecha de reconocimiento pensional y la presentación de la demanda no transcurrieron tres años.

4. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación de manera parcial, en relación a los intereses moratorios de acuerdo con el artículo 141 de la ley 100 de 1993, toda vez que tal como se indicó en el fallo, nunca existió una autorización por el demandante para que giraran los dineros y tampoco se dijo que la pensión fuera de carácter compartida con la pensión de invalidez y se nota la mala fe de Colpensiones cuando de manera arbitraria giró esos valores a la UGPP y nunca entraron al arca del demandante.

A su turno, Colpensiones interpuso el recurso de alzada tras aducir que en la resolución SUB 237987 del 08 de septiembre de 2018 se hizo el estudio de la pensión de invalidez y se argumentó la razón por la cual el retroactivo pensional fue girado a órdenes de la UGPP, esto en razón a lo dispuesto en el artículo 18 del acuerdo 049 de 1990 según el cual, los patrones que otorguen pensiones de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

jubilación desde el 17 de octubre de 1985 que continuaran cotizando hasta que los asegurados cumplan los requisitos para el cumplimiento de la vejez, el empleador asume el mayor valor. Que al respecto, de acuerdo a la Circular Interna 19 del 2015 emitida por Colpensiones sobre el retroactivo pensional, se indica que el retroactivo que resulte del reconocimiento de la pensión corresponde al empleador y en ese caso, si bien la UGPP no es el empleador directo, fue el girador final de la pensión sanción que inicialmente había reconocido Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en ese sentido, no es dable volver a pagar un retroactivo pensional que ya había sido reconocido y girado por Colpensiones en atención a que normativamente, obligar a la demandada a efectuar un nuevo pago por el mismo concepto generaría una desfinanciación de la entidad.

5. 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 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

El problema jurídico se circunscribe a determinar si la pensión restringida de jubilación reconocida al señor JOSÉ RICARDO FLÓREZ MARTÍNEZ por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la pensión de invalidez reconocida por COLPENSIONES son de carácter compartida y si, por ende, procedía el pago del retroactivo pensional que le correspondía al demandante, a favor de la UGPP.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

En segundo lugar, establecer si hay lugar al pago de los intereses moratorios sobre el retroactivo pensional debido al demandante.

PREMISAS FACTICAS

En el trámite de primera instancia, encontró suficiente respaldo probatorio que al demandante JOSÉ RICARDO FLÓREZ MARTÍNEZ le fue reconocida por parte del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia una pensión proporcional de jubilación- pensión sanción – en la suma de \$692.060,28 debidamente indexada a partir del 14 de mayo de 2014 por el tiempo laborado entre el 14 de julio de 1980 y el 15 de octubre de 1991, conforme lo ordenó la resolución 130 del 10 de febrero de 2016 que obra en el expediente administrativo de folio 83. Que mediante resolución No. SUB237987 del 08 de septiembre de 2018 COLPENSIONES le reconoció al demandante una pensión de invalidez de carácter compartida a partir del 18 de agosto de 2017 en la suma de \$1'560.696 y reconoció y ordenó el pago del retroactivo pensional a favor de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional en la suma de \$21'478.224.

PREMISAS NORMATIVAS

Sentencia del 6 de septiembre de 2011, rad. 45545 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que se rememoró lo dicho en la sentencia del 26 de Sep. de 2007, rad. 30766:

(...) las pensiones especiales de jubilación reguladas por el citado artículo 8º de la Ley 171 de 1961, se causan desde el mismo momento en que el trabajador es despedido injustamente con más de 10 o 15 años de servicio que corresponde a la - pensión sanción, o cuando se produce el retiro



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

voluntario después de 15 años de servicio que atañe a la llamada – pensión por retiro voluntario -, sin que interese cuál haya sido el tiempo laborado hasta la fecha en que el Instituto de Seguros Sociales asumió el riesgo de vejez, pues dichas pensiones son independientes a las que deba reconocer el ISS y corren a cargo exclusivo del empleador...

Sobre este puntual aspecto en discusión, la Sala en sentencia del 26 de septiembre de 2007, radicación 30766, que a su vez rememoró las decisiones del 21 de septiembre de 2006 y 12 de febrero de 2007, radicación 29406 y 28733, respectivamente, fijó el criterio mayoritario que actualmente se mantiene, en cuanto que la subrogación del Instituto de Seguros Sociales en vigencia del Acuerdo 224 de 1966 no opera tratándose de pensiones especiales de jubilación reguladas por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, las cuales quedan a cargo exclusivo del empleador (...)

Igualmente, en sentencia más reciente SL 815 de 2021 M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz, la Corporación precisó:

Al respecto, conviene recordar que a partir de la expedición del Acuerdo 224 de 1966 se determinó la incompatibilidad entre las pensiones legales a cargo del empleador y las que debía reconocer el extinto ISS, respecto de las prestaciones destinadas a cubrir el riesgo de vejez; sin embargo, dicha disposición no incluyó la pensión consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, en sus dos modalidades, esto es, la pensión sanción derivada del despido injusto del trabajador con más de 10 años de servicio y menos de 15 --y la prestación por retiro voluntario--, dispuesta para quienes después de 15 años de servicio y menos de 20 se hubieran retirado voluntariamente del empleo (SL 12422-2017).

Por manera que, en vigencia de la Ley 90 de 1946 y del Acuerdo 224 de 1966, las pensiones reguladas por el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, son



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

compatibles con la de vejez a cargo del ISS, en tanto no fueron derogadas ni reemplazadas por ésta conforme la citada normativa, reglamentada por el Decreto 3041 de 1966, como quiera que las primeras constituyen obligaciones económicas cuyo deudor exclusivo es el empleador. Así lo ha adoctrinado esta Corporación en numerosas oportunidades, verbigracia, en sentencia CSJ SL 6 sep. 2011, rad. 45545, reiterada, entre muchas otras, en la SL757-2018

(...)

En ese orden, bajo la égida del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, los trabajadores que sean despedidos sin justa causa con más de 10 o 15 años de servicios, así como aquellos que se retiren voluntariamente después de 15 y menos de 20, continuos o discontinuos, como en el caso bajo estudio, tienen derecho a recibir de sus empleadores una pensión especial exigible a partir del momento en que cumplan la edad señalada en dicha normativa, por no ser tal presupuesto un requisito de estructuración sino de mera exigibilidad del derecho como lo ha sostenido esta Corporación (SL9773-2017)...”

CONCLUSION

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, sea lo primero definir que le asiste razón al juez de primera instancia en relación a la compatibilidad entre la pensión sanción y la pensión de invalidez a cargo de Colpensiones, toda vez que en posición que actualmente se mantiene, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido que la subrogación del Instituto de Seguros Sociales en vigencia del Acuerdo 224 de 1966 no operó tratándose de pensiones especiales de jubilación reguladas por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, las cuales quedaron a cargo exclusivo del empleador, por lo que la incompatibilidad prevista entre las pensiones legales para cubrir el riesgo de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

vejez no incluye las que se establecieron para asegurar la estabilidad del trabajador en el empleo como es el caso de la pensión restringida de jubilación que hoy nos ocupa. En ese orden, el señor JOSÉ RICARDO FLÓREZ MARTÍNEZ tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional como consecuencia del reconocimiento de la pensión de invalidez y así mismo a continuar disfrutando de la pensión sanción a cargo del empleador hoy asumida por la UGPP, razón por la cual, no era procedente girar a la entidad pagadora de la pensión sanción, el valor correspondiente al retroactivo pensional de la pensión de invalidez como quiera que no se trata de una pensión de carácter compartida, tampoco nada se dijo al respecto en la resolución de reconocimiento pensional por parte del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y tampoco obra autorización por parte del asegurado en ese sentido, advirtiéndose que COLPENSIONES no tenía sustento fáctico ni jurídico para haber girado esos dineros a favor de la UGPP, debiendo entonces efectuar el pago al demandante, y si bien alega en el recurso de alzada que no se puede condenar a un doble pago por el mismo concepto, la decisión adoptada es consecuencia de la desatención de la normativa que regula el presente asunto y que no puede ser asumida por el pensionado, pudiendo, de ser procedente, efectuar los trámites administrativos que considere conducentes para obtener la devolución de los dineros girados de forma irregular a la UGPP.

Por otra parte, en punto a los intereses moratorios, objeto de apelación de la parte demandante, la Sala tiene en cuenta el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 según el cual: *“A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago”*, intereses que en concepto de esta Colegiatura son procedentes, toda vez que COLPENSIONES debió reconocer el derecho pensional al demandante como quiera que no existía razón jurídica válida para que negara el pago del retroactivo, aunado a lo anterior, se advierte que en la resolución SUB 237987 del 08 de septiembre de 2018 se usó como sustento del



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

giro del retroactivo a la UGPP un documento mediante el cual el asegurado manifestaba el pago a favor del empleador, sin embargo, revisado el expediente administrativo obrante en el plenario no se encontró prueba alguna que respaldara tal situación, por lo que se advierte que el no pago directo al pensionado del retroactivo pensional no se encuentra justificado y por ende, existe mora en el pago de dichas mesadas pensionales. Así las cosas, como quiera que la solicitud de pensión se presentó el 22 de junio de 2018, Colpensiones contaba con 4 meses para reconocer la prestación económica en su integridad, esto es, incluyendo el retroactivo pensional, por lo que es procedente el reconocimiento de los intereses moratorios solicitados desde el 22 de octubre de 2018 hasta que se efectúe el pago efectivo de las mesadas adeudadas.

Finalmente estudiada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, se tiene que la resolución del reconocimiento pensional se profirió el 08 de septiembre de 2018 y la demanda se presentó el 03 de diciembre del mismo año, por lo que no transcurrió el término trienal prescriptivo establecido en los artículos 151 del CPTSS y 488 del CGP.

Son suficientes los anteriores argumentos para MODIFICAR la sentencia objeto de apelación en punto a los intereses moratorios y se CONFIRMARLA en todo lo demás. COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES 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 tercero de la sentencia proferida el 21 de julio de 2020 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre el retroactivo pensional ordenado en el numeral segundo a partir del 22 de octubre de 2018 y hasta que se haga efectivo el pago del mismo

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la entidad demandada COLPENSIONES en la suma de \$400.000 por concepto de agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada



MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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 **04 2019 00833 01**
Demandante: JAIRO BERNAL CASALLAS
Demandado: COLPENSIONES

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El señor JAIRO BERNAL CASALLAS presentó demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se condene al reconocimiento y pago de la reliquidación de su pensión de vejez de conformidad con la ley 71 de 1988 o el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, señaló en síntesis que a la fecha tiene 63 años de edad, que revisada la historia laboral en Colpensiones, tiene un total de 1669 semanas cotizadas, que laboró para el Ministerio de Transporte entre el 27 de abril de 1983 y el 31 de octubre de 1993 un total de 556,4 semanas y efectuó aportes al ISS correspondientes a 1029,52 semanas. De otro lado, indicó que en el año 2005 contaba con más de 750 semanas cotizadas y mediante resolución VPB 30 del 02 de enero de 2015 se le concedió la pensión de vejez con base en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en concordancia con la ley 100 de 1993 sin aplicar el IBL de manera favorable. Precisó que en su vida laboral aportó factores que implican salarios como: horas extras, dominicales, festivos, tiempos simultáneos, pero cotizaba según los salarios que en su momento representaba como servidor público durante 10 años y 6 meses, que solicitó ante Colpensiones la reliquidación de la pensión de vejez toda vez que de las 1669 semanas cotizadas, 545,74 correspondieron al sector público y mediante resolución SUB181832 del 1° de septiembre del año 2017 se negó la reliquidación, decisión confirmada mediante resolución No. 18261 del 18/10/2017.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda, COLPENSIONES la contestó oponiéndose a las pretensiones por considerar que de acuerdo a la resolución DIR 18261 del 18 de octubre de 2017, se le efectuó estudio de pensión al demandante en donde se concluyó principalmente que es beneficiario del régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y como consecuencia de lo anterior, le fue estudiada su prestación conforme a la normativa contenida en el acuerdo 049 de 1990, en ese sentido se procedió a la liquidación de la pensión de vejez conforme a los últimos 10 años de servicios cotizados y de ese modo se pudo concluir que el IBL más favorable era de \$584.204. Asimismo de acuerdo con el artículo 20 del decreto 758 de 1990 se le aplicó una tasa de reemplazo del 81% la cual arrojó una



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

suma de \$473.205 para el año 2017, anualidad en la que se reconoció la pensión, la cual se aproximó al salario mínimo vigente, es decir \$737.717, igualmente refirió que el actor efectuó sus cotizaciones bajo el salario mínimo de cada año por lo que no existe novedad alguna que permita arrojar una suma superior. En gracia de discusión mencionó que Colpensiones al momento del reconocimiento pensional efectuó igualmente el estudio en atención a la ley 71 de 1988 para lo cual es aplicable el principio de favorabilidad en lo que atañe a la tasa de reemplazo, advirtiéndose que correspondía a un 75% y se obtenía un IBL de \$583.150, siendo este valor inferior al salario mínimo mensual por lo cual también debía ser ajustado, concluyéndose de ese modo, que no había diferencia sustancial en el monto de la mesada pensional. Formuló las excepciones denominadas: inexistencia del derecho y la obligación, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación, buena fe de Colpensiones y prescripción.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 02 de septiembre de 2020 ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante y declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, decisión sustentada en que, dentro del proceso quedó demostrado que Colpensiones le reconoció pensión al actor desde el 29 de marzo de 2014 aplicando la ley 71 de 1988, sin embargo, se manifiesta en la demanda que la entidad no tuvo en cuenta los factores salariales devengados durante toda la vida laboral, punto sobre el cual indicó que los factores que deben tenerse en cuenta son los estipulados en el decreto 1158 de 1994 y es clara dicha norma al señalar que para efectos del reconocimiento, se toma lo efectivamente cotizado, así, observó el despacho que ninguna actuación desempeñó el actor para dilucidar las cotizaciones efectuadas sobre factores como horas extras, dominicales, festivos, tiempos simultáneos, o que los salarios devengados fueron mayores o diferentes a los cotizados.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

De otro lado refirió que si lo que pretendía el actor era la liquidación conforme a lo devengado en el último año de servicios, conforme a lo señalado en la ley 100 de 1993, a quienes les falte menos de 10 años, el IBL corresponde al tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho y a los que no, se liquida con los aportes de los 10 últimos años o el de toda la vida, además, asentó que conforme a la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre y de la Corte Constitucional, el IBL no es aspecto de transición, pues solo comprende la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, por lo que efectuadas las operaciones matemáticas el actor tuvo más de 1250 semanas y Colpensiones actuó conforme a derecho al tener en cuenta los últimos 10 años que le resultaba más favorable.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación tras aducir que efectivamente dentro de la historia laboral aportada, se observa que en el tiempo laborado en el Ministerio de Transporte cotizaba más de dos salarios mínimos durante los 10 años, en ese sentido, conforme a esa prueba, se debió haber reliquidado la pensión al actor teniendo en cuenta el artículo 7° de la ley 71. Además indicó que en sentencia No. 43904 con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, el literal f) del artículo 13, señala que para el reconocimiento de las pensiones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta las sumas de semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la ley, al Instituto de Seguros Sociales o cualquier Caja, fondo o entidad del sector público o privado o el tiempo de servicios como servidores públicos cualquiera que sea el número de semanas cotizadas, en ese orden, bien podría afirmarse que la ley 100 de 1993 al consagrar la acumulación de todos los tiempos, dejó sin vigencia la ley 71, sin embargo tal aseveración no es del todo cierta, pues el artículo 36 consagró que el régimen de transición mantuvo el derecho respecto a la edad, tiempo y monto de la pensión correspondiente a la ley que fuera aplicable, como el acuerdo 049 con el que se le reconoció el derecho al demandante, la ley 33 o la ley 71 de 1988, ésta última pensión de jubilación por aportes en la cual el derecho no puede verse



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

truncado porque la entidad no hubiese hecho aportes a la Caja de seguridad social, máxime cuando para los servidores públicos no era obligatorio sino facultativo, por ende considera que se debe liquidar la pensión de jubilación de conformidad con la ley 71, acumulando los factores salariales mencionados en los alegatos.

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 entidad demandada COLPENSIONES presentó 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 JURÍDICO

¿Tiene derecho el demandante JAIRO BERNAL CASALLAS a la reliquidación de la pensión de vejez de conformidad con la ley 71 de 1988, con la inclusión de todos los factores salariales devengados?

PREMISAS FACTICAS

En el trámite de primera instancia, encontró suficiente respaldo probatorio que mediante resolución VPB 30 del 02 de enero de 2015, le fue reconocida pensión de vejez al demandante a partir del 29 de marzo de la misma anualidad bajo los postulados de la Ley 71 de 1988 en cuantía inicial de un salario mínimo mensual legal vigente, el demandante presentó solicitud de reliquidación pensional el 11 de julio de 2017, negada mediante resolución SUB 18132 del 01 de septiembre de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

2017 por arrojar una suma inferior al mínimo, decisión confirmada en resolución DIR 18261 del 18 de octubre de 2017.

PREMISAS NORMATIVAS

Artículo 21 de la ley 100 de 1993

“Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo”.

Artículo 1º Decreto 1158 de 1994:

“El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;

g) La bonificación por servicios prestados;

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, advierte la Sala en primer lugar que el escrito introductorio no es un modelo de claridad del cual se extraiga de manera precisa el sustento por el cual se solicita la reliquidación pensional, sin embargo, interpretada la demanda en su integridad, se dice en el hecho tercero que el demandante en su vida laboral aportó sobre factores que implican salario como: horas extras, dominicales, festivos, tiempos simultáneos, pero cotizaba según los salarios que representaba como servidor público durante 10 años y 6 meses, además el apoderado al sustentar el recurso de apelación señaló que el señor JAIRO BERNAL CASALLAS laboró en el Ministerio de Transporte en donde cotizaba más de dos salarios mínimos durante los 10 años, por lo que se entiende que el querer del promotor de la litis va dirigido a que se efectúe la reliquidación de la pensión conforme a los salarios devengados en dicha entidad pública, pues la condición de beneficiario del régimen de transición y de la aplicabilidad de la ley 71 de 1988 es un asunto que se encuentra reconocido por Colpensiones, sin embargo, tal como lo señaló la juez de primera instancia el expediente se encuentra huérfano de prueba alguna de la cual se puedan establecer los salarios devengados por el actor durante el período que estuvo vinculado en el Ministerio de Transporte, pues de conformidad con el certificado de información laboral Formato No. 1 contenido dentro del expediente administrativo (Cd folio 85), el demandante prestó sus servicios en el Ministerio de Transporte desde el 27 de abril de 1983 hasta el 31 de octubre de 1993, sin embargo no se allegó en la demanda y tampoco obra en el expediente administrativo el certificado de salarios mes a mes aportados a Cajanal - Formato No. 3, por lo que no es posible establecer el salario base de cotización efectuado a dicha Caja de Previsión Social, advirtiéndose que con el escrito introductorio tan



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

solo se aportó certificado emitido por el Grupo de Certificaciones para Bonos Pensionales del Ministerio de Transporte en el que constan como periodos laborados por el actor desde el 27 de abril de 1983 hasta el 31 de octubre de 1993, que a la fecha del retiro devengaba un jornal diario de \$5.085 y que efectuó aportes a Cajanal, documento que en nada esclarece el sustento fáctico base de la solicitud de inclusión de factores salariales mientras estuvo vinculado en la entidad pública mencionada, razón por la cual, es claro que no existe soporte probatorio para proceder a un estudio pensional en la forma solicitada en la demanda y, en consecuencia, no queda otro camino distinto al de CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$300.000 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 02 de septiembre de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas 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 parte demandante en la suma de \$300.000 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada



MARTHA INÉS RUIZ GIRALDO
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 DESCONGESTIÓN LABORAL

Ordinario Laboral: 1100131050 12 2019 00300 01
Demandante: MARCELO EFRAIN GARCIA HURTADO
Demandado: COLPENSIONES

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

Procede la Sala a estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 26 de mayo de 2020 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA:

El señor MARCELO EFRAIN GARCÍA HURTADO formuló demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a fin de obtener el pago del retroactivo de la pensión de invalidez que le fue reconocida por la entidad, desde el 4 de abril de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2018, 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 mediante dictamen No. 79235232 del 13 de julio de 2018, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca le determinó una pérdida de la capacidad laboral del 65,28% estructurada el 4 de abril de 2017 por causas de origen común. COLPENSIONES le reconoció la pensión de invalidez mediante resolución SUB 1551 del 4 de enero de 2019 con fecha de efectividad del 1º de enero de 2019. La referida prestación económica se liquidó teniendo en cuenta 1.464 semanas de cotización y una tasa de remplazo del 73,50% para una mesada pensional de \$6'885.722. COLPENSIONES negó el pago del retroactivo pensional por considerar que la prestación se reconoce desde la fecha de estructuración de la invalidez excepto cuando el afiliado se encuentre disfrutando de subsidio por incapacidad temporal, caso en el cual la efectividad será al día siguiente del último pago de dicha incapacidad, no obstante, la EPS SANITAS certificó que nunca le pagó incapacidades al actor y todas se encuentran en estado rechazadas sin reconocimiento económico alguno.

3. CONTESTACIÓN

Una vez admitida y notificada la demanda COLPENSIONES la contestó oponiéndose a las pretensiones por cuanto reconoció la pensión de invalidez al actor desde el 1º de enero de 2019 conforme a la ley, teniendo en cuenta que en el expediente administrativo obra la certificación de la EPS SANITAS, sin embargo no se tiene claridad de las incapacidades efectivamente canceladas y el valor de las mismas, por lo que el reconocimiento pensional se hizo a corte de nómina, lo que implica asimismo que no se ha presentado mora o tardanza en el pago de las mesadas pensionales y no son procedentes los intereses moratorios reclamados. Formuló como excepciones las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y buena fe.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 26 de mayo de 2020 condenó a COLPENSIONES al pago del retroactivo pensional causado desde el 4 de abril de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2018 en la suma de \$150'940.936,27 de la cual autorizó a COLPENSIONES a descontar las cotizaciones al Sistema General de Salud, condenó igualmente al pago de los intereses moratorios previstos por el artículo 141 de la ley 100 de 1993, desde el 4 de octubre de 2017 hasta cuando el pago total de la obligación se efectúe. Para así decidir señaló que si bien el demandante efectuó cotizaciones al Sistema General de Pensiones con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, también lo es que el artículo 40 de la ley 100 de 1993 no establece mayor condicionamiento para pagar la pensión de invalidez a partir de dicha data. Indicó que conforme el expediente administrativo el pago de las incapacidades fue rechazado y la última cotización correspondió al ciclo de diciembre de 2015, por lo que se tiene entonces que no habiendo afiliación al sistema de salud y novedad de retiro en el sistema de pensiones, lógico es determinar que el demandante no percibió ningún ingreso emanado del sistema general de salud ni del de pensiones con lo que no hay razón alguna para que se obvie el cumplimiento del artículo 40 de la ley 100 por lo que a partir del 4 de abril de 2017 debió reconocerse la pensión de invalidez en 13 mesadas al año. Condenó al pago de los intereses moratorios 6 meses después de la solicitud pensional y absolvió del pago de la indexación por ser conceptos excluyentes.

5. GRADO JURISDICCIONALDE CONSULTA

Como quiera que resultó condenada una entidad de la que la Nación es garante como COLPENSIONES, se envió el proceso en consulta de la sentencia, por disposición del 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 solamente la parte actora formuló 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

PROBLEMA JURÍDICO

¿Tiene derecho el señor MARCELO EFRAIN GARCIA HURTADO al pago del retroactivo de la pensión de invalidez que fue reconocida por COLPENSIONES mediante la resolución SUB1551 del 4 de enero de 2019, correspondiente a las mesadas comprendidas entre el 4 de abril de 2017 y el 31 de diciembre de 2018?

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en primera instancia que el 9 de julio de 2018, el señor MARCELO EFRAIN GARCIA HURTADO fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca con una pérdida de la capacidad laboral del 65,28% estructurada el 4 de abril de 2017. El asegurado solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez a COLPENSIONES el 4 de octubre de 2018 y la entidad la reconoció mediante resolución SUB 1551 del 4 de enero de 2019, no obstante determinó como fecha de disfrute de la prestación el 1º de enero de 2019 *“teniendo en cuenta que en el expediente administrativo obra la certificación de la EPS SANITAS, sin embargo no se tiene claridad de las incapacidades efectivamente canceladas y el valor de las mismas, así pues al no poder tener claridad respecto a las incapacidades*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

canceladas, el reconocimiento prestacional se hace a corte de nómina”, según se indicó en el texto del acto administrativo. El 24 de enero de 2019 el demandante interpuso el recurso de reposición y en subsidio apelación, para que se le reconociera el retroactivo pensional desde la fecha de estructuración de la invalidez hasta el 31 de diciembre de 2018. COLPENSIONES mediante resolución SUB 52734 del 27 de febrero de 2019 confirmó el acto administrativo anterior, toda vez que “validado el certificado allegado no se puede tener en cuenta toda vez que NO cuenta con la firmade quien expide el certificado y tampoco cuenta con el sello, razón por la cual no se puede reconocer suma alguna por concepto de retroactivo pensional hasta tanto el asegurado subsane dicha situación”. Mediante resolución DPE 749 del 18 de marzo de 2019, COLPENSIONES confirmó la resolución inicial por cuanto: “una vez revisado el cuaderno administrativo se pudo establecer que NO existe certificación de incapacidades pagas emitida por la EPS SANITAS. Que en lugar del anterior documento obra una certificación de la EPS SANITAS en la cual se informan las incapacidades rechazadas por la causal pagos no suficiente por el empleador, según nuestro sistema la última cotización realizada por el usuario se realizó para el período 01/12/2015 al 30/12/2015. Que verificado el aplicativo ADRES el asegurado figura en calidad de cotizante de la EPS SANITAS. Que verificada la historia laboral del peticionario, se evidencia que la última cotización se realizó el día 10 de diciembre de 2015, para el período 201511. Por lo tanto no es claro si a la fecha de estructuración de la invalidez, el peticionario no se encontraba como cotizante”. El 14 de marzo de 2019, la EPS SANITAS certificó que expidió y autorizó incapacidades continuas e ininterrumpidas al señor MARCELO EFRAIN GARCIA HURTADO desde el 4 de abril de 2017 hasta el 29 de noviembre de 2017, desde el 10 de febrero de 2018 hasta el 11 de marzo de 2018 y desde el 23 de marzo al 19 de abril de 2018, también informó que tales incapacidades se encuentran en estado RECHAZADAS y no hay lugar al reconocimiento económico debido a que durante el período en que se encontraba incapacitado no se generaron los aportes a salud correspondientes. En el expediente administrativo del actor en el archivo identificado con el número 1027239-20190124053350 obra una certificación de SANITAS de fecha 17 de septiembre de 2018 que relaciona las mismas incapacidades antes referidas en la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

que se indicó: *las siguientes incapacidades se encuentran rechazadas por SEMANAS COTIZACIÓN PAGOS NO SUFICIENTE POR EMPLEADOR, según nuestro sistema la última cotización realizada por el usuario se realizó para el período 01/12/2015 al 30/12/2015.*

PREMISAS NORMATIVAS

Artículo 40 ley 100 de 1993

MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:

- a. El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.*
- b. El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.*

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Sentencia SL 1562 del 30 de abril de 2019 con ponencia del Magistrado RIGOBERTO ECHEVERRY BUENO:

“...Ahora bien, en lo que atañe a la incompatibilidad entre el pago de mesadas pensionales y subsidios por incapacidad temporal, el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, establece que:

FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez (subrayado fuera del texto).

De cara a lo establecido en el citado precepto, estima la Sala que el juez de apelaciones tampoco lo desconoció ni le dio un entendimiento erróneo, pues, por el contrario, al descontar del pago del retroactivo pensional los periodos de subsidios por incapacidad temporal, procuró armonizar lo establecido en el decreto enunciado con las restantes disposiciones de la Ley 100 de la 1993, que ordenan el reconocimiento de la prestación desde el momento de estructuración de la invalidez y salvaguardar el propósito indiscutible de auxilio.

Al respecto, se insiste en que el citado artículo 40 de la Ley 100 de 1993 es claro en indicar que la pensión de invalidez por riesgo común debe otorgarse, de manera retroactiva, a partir de la fecha en que se produce el estado de invalidez, es decir, desde cuando la pérdida de la capacidad laboral alcanza un porcentaje igual o superior al 50% (artículo 39 de la Ley 100 de 1993). De lo que se deriva que el legislador en el citado precepto no estableció ni explícita ni tácitamente,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

condición alguna, diferente al estado de invalidez, para proceder al reconocimiento del derecho pensional desde la fecha de estructuración.

Por tanto, ese estado de invalidez igual o superior al 50%, previamente determinado por el organismo médico competente, no puede entenderse disminuido o extinguido por el hecho de que el afiliado hubiese percibido pagos por concepto de incapacidades temporales, pues estos pagos no redundan en la disminución de la invalidez, cuyo amparo es el objetivo principal del derecho pensional.

De modo que, como bien lo dedujo el Tribunal, de cara a la incompatibilidad establecida en el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, cuando, como en el presente asunto, el retroactivo pensional cubija periodos que también han sido cubiertos por subsidios por incapacidades temporales, la prohibición de que trata el citado decreto, a lo sumo, conduciría a la imposibilidad de que se disfruten o perciban, a la vez, la mesada pensional y el subsidio por la incapacidad, pero no a la imposibilidad del reconocimiento del derecho pensional...”.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, advierte la Sala que le asistió razón al juez de primera instancia al condenar al pago del retroactivo de la pensión de invalidez al señor MARCELO EFRAIN GARCÍA HURTADO desde el 4 de abril de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2018, pues no existe razón jurídica válida para negar el pago de la prestación a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, toda vez que es absolutamente claro como lo certificó la EPS SANITAS que si bien el señor MARCELO EFRAIN GARCIA HURTADO estuvo incapacitado continua e ininterrumpidamente desde el 4 de abril de 2017 hasta el 29 de noviembre de 2017, desde el 10 de febrero de 2018 hasta el 11 de marzo de 2018 y desde el 23 de marzo al 19 de abril de 2018, no recibió suma económica alguna por concepto de subsidios por incapacidad temporal toda vez que estaba



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

afiliado a esa EPS pero su empleador dejó de hacer aportes desde el 1º de enero de 2016, más allá de la responsabilidad en el pago de tales incapacidades, lo que interesaba a COLPENSIONES para el caso concreto es que al afiliado no se le pagaron esos subsidios por incapacidad temporal, ante la mora en el pago de aportes de su empleador, por lo que no se generaban las dudas que puso de presente COLPENSIONES en los actos administrativos que emitió en curso del agotamiento de la vía gubernativa por el afiliado, por lo que es procedente el pago del retroactivo pensional y los intereses moratorios, toda vez que a una certificación en el mismo sentido que ya reposaba en el expediente administrativo del demandante, hizo referencia COLPENSIONES, de manera que desde que el afiliado solicitó la pensión de invalidez, existía prueba suficiente que pese a haberse otorgado incapacidades por el médico tratante de la EPS desde la fecha de estructuración de la invalidez, no recibió monto económico alguno por concepto de subsidios por incapacidad temporal y tenía derecho al pago retroactivo de la pensión de invalidez, conforme el inciso final del artículo 40 de la ley 100 de 1993.

Ahora bien, verificada la liquidación realizada e primera instancia que arrojó la suma de \$150'940.936,27 como retroactivo pensional, se advierte que es superior a la realizada por esta Colegiatura en el monto de \$150.227.261,68 conforme la liquidación anexa, por lo que se modificará la sentencia consultada en este sentido.

En cuanto a los intereses moratorios, los mismos debieron concederse 4 meses después de la solicitud de reconocimiento pensional, conforme el artículo 9º de la ley 797 de 2003, como quiera que para este momento ya tenía COLPENSIONES plena certeza que no se habían pagado incapacidades al demandante por la EPS SANITAS, toda vez que ya reposaba una certificación en ese sentido en el expediente administrativo como se indicó en líneas anteriores, por lo que debió reconocerse la pensión desde la fecha de estructuración de la invalidez, así las cosas los intereses moratorios debieron correr desde el 5 de febrero de 2019 y no desde el 4 de abril de 2019 como lo definió el a quo, no obstante, como quiera que este punto no fue objeto de apelación y se conoce la sentencia en grado



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

jurisdiccional de consulta, no puede agravarse la condena a COLPENSIONES por lo que se confirmará en este punto la sentencia.

Finalmente, también fue acertada la decisión del a quo de declarar no probada la excepción de prescripción, toda vez que la solicitud pensional se presentó el 4 de octubre de 2018 y la demanda dentro de los 3 años siguientes, esto es, el 30 de abril de 2019.

Son suficientes las anteriores razones para MODIFICAR la sentencia impugnada en cuanto al valor del retroactivo pensional. SIN COSTAS en esta instancia por tramitarse el grado jurisdiccional de consulta.

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 segundo de la sentencia proferida el 26 de mayo de 2020 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido que el valor del retroactivo pensional es de \$150.227.261,68, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por tramitarse el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Magistrada

MARTHA INES RUIZ GIRALDO

Magistrada

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

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 DESCONGESTIÓN LABORAL

Ordinario Laboral: 1100131050 **25 2018 00182 01**
Demandante: CLAUDIO ARDILA GALVIS
Demandados: COLPENSIONES

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

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 la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2019 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El señor CLAUDIO ARDILA GALVIS interpuso demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se condene a la indexación de la primera mesada pensional, los reajustes de las mesadas pensionales, el pago de la diferencia insoluta de las mesadas pensionales causadas a su favor y las que se causen con posterioridad, los intereses moratorios y las costas del proceso.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que le fue reconocida una pensión especial de periodista por parte del ISS mediante Resolución No. 0322384 del 5 de octubre de 2005 a partir del 16 de marzo de 2000 en cuantía inicial de \$1'156.178. Que el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 13 de marzo de 2009 dentro del proceso 2007 - 834 determinó que la mesada inicial correspondía a la suma de \$1'354.379,34 y ordenó la indexación de los reajustes o diferencias pensionales, decisión modificada por esta Corporación en el sentido de aplicar una tasa de reemplazo del 84% sobre un monto de \$1'684.481. Que el ISS dio cumplimiento a la orden judicial aplicando el valor de \$1'414.911, pero el Tribunal en su sentencia, no adoptó una decisión respecto del tema de la indexación de la primera mesada pensional, pues sólo manifestó el promedio de lo devengado en los últimos dos años que arrojó una mesada de \$1'411.911, sin que se tuviera en cuenta que entre el mes de diciembre de 1995 (época del retiro del servicio del actor) y el mes de marzo de 2000 (época de reconocimiento de la pensión) el Índice Nacional de Precios al Consumidor experimentó una variación porcentual equivalente a 1.941040. Refirió además que el promedio mensual devengado en los dos últimos años de servicios entre el 8 de noviembre de 1993 y el 7 de noviembre de 1995 correspondía a \$1'382.768 suma



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

que al aplicarle la variable antes descrita arroja como resultado el guarismo de \$2'684.006,7 que a su vez al aplicar la tasa de reemplazo del 84% ordenado por el Tribunal arroja como resultado de la primera mesada pensional la suma de \$2'254.566,79.

3. CONTESTACIÓN

Admitida y notificada la demanda, COLPENSIONES la contestó oponiéndose a las pretensiones al aducir que el demandante no tiene derecho a la reliquidación pensional por carecer de sustento fáctico y jurídico. Refirió que la parte actora solicitó ante el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá en proceso con radicado 2007-834 la reliquidación de la pensión por los mismos hechos y pretensiones. Propuso las excepciones de cosa juzgada, prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y buena fe.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 26 de noviembre de 2019 resolvió DECLARAR probada la excepción de cosa juzgada y ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

Para arribar a tal decisión, indicó el juez que obra en el plenario copia de la sentencia del Juzgado 10 laboral del Circuito de Bogotá de fecha 13 de marzo de 2009 y de la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida el 30 de septiembre de 2010, en donde se advierte que el demandante solicitó la condena al pago indexado de las diferencias pensionales con los reajustes legales a partir del 1º de enero de 2001, además en la parte considerativa de la providencia del Juzgado 10 Laboral del Circuito se estableció que, en razón a que la indemnización



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

moratoria no prospera es viable aplicar la indexación para lo cual se tendrá en cuenta el Índice de Precios al Consumidor, a la fecha en que se pague la obligación solicitada, igualmente, que cuando se hace el resumen de las pretensiones de la demanda se cita que se condene a la reliquidación de la pensión del periodista en un porcentaje del 85% una vez se establezca lo devengado en los últimos dos años y las diferencias que arroje la prestación económica, por lo que ya hubo pronunciamiento respecto de la indexación.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante interpuso el recurso de apelación al aducir que si bien hay identidad de partes, no hay identidad de objeto, pues aunque desde un inicio se solicitó la indexación, no se vio efectivamente realizada en tanto que, en el fallo de primera como de segunda instancia nunca se aplicaron los verdaderos índices para hablar de la indexación como tal. Que en los hechos 4.12 a 4.16 de la demanda manifestó que habían unos conceptos y valores relacionados que participan en la liquidación del monto inicial en las proporciones allí indicadas, refiriendo que se debió tener en cuenta el promedio salarial en los dos últimos años que fue de \$1'382.768, que entre el mes de noviembre de 1995 (época de retiro del servicio) y el mes de marzo de 2000 (época del reconocimiento pensional), el IPC experimentó una variación porcentual equivalente a 1.94, por lo que aplicada dicha variable, con el porcentaje del 84% que ordenó el Tribunal, arroja como resultado el valor indexado de la primera mesada pensional en cuantía de \$2'254.566 y no la que reconoció el ISS en suma inferior, lo que deja a salvo que si bien se planteó desde un inicio el aspecto de indexar la mesada pensional no se vio efectivizado el derecho pues nunca se aplicó el índice, siendo este uno de los soportes objetivos para revisar si en realidad se aplicaron los índices a ese primer reconocimiento que se le hace al señor Claudio Ardila Galvis.



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 dentro del término legal que obran en el expediente, las demás partes guardaron silencio.

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

¿Se configuró la excepción de cosa juzgada respecto de las pretensiones formuladas por el demandante CLAUDIO ARDILA GALVIS contra COLPENSIONES?

PREMISAS FACTICAS

Encontró prueba suficiente en el trámite de primera instancia que mediante resolución No. 032384 del 5 de octubre de 2005 el ISS reconoció al demandante la pensión especial de periodista a partir del 16 de marzo de 2001 tomando como promedio lo devengado en los dos últimos años cotizados actualizados con base en la variación del IPC conforme lo establece el Decreto 1281 de 1994 a partir del 16 de marzo de 2000 en cuantía inicial de \$1'156.178.

En el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Pereira se tramitó el proceso ordinario laboral No. 2007-00834 del señor CLAUDIO ARDILA GALVIS contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, cuya demanda pretendió la reliquidación de la pensión especial de periodista teniendo en cuenta la totalidad de tiempo de servicios cotizados en labores propias del periodismo,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

adicionalmente, la reliquidación con base en el verdadero promedio actualizado de lo devengado durante los dos últimos años de servicios cotizados al régimen pensional en un porcentaje del 85% del IBL, el pago debidamente indexado de las diferencias pensionales que arroje la reliquidación de la prestación con los reajustes legales a partir del 1º de enero de 2001 y los años subsiguientes y el pago de los intereses moratorios sobre las diferencias.

En sentencia de primera instancia proferida el 13 de marzo de 2009 se condenó al extinto ISS hoy Colpensiones a la reliquidación de la pensión especial de periodista en una mesada inicial de \$1'364.379 desde el 16 de marzo de 2000 con sus correspondientes incrementos legales junto con la indexación de los reajustes o diferencias pensionales, decisión que sustentó en que debían incluirse tiempos que no se tuvieron en cuenta por el ISS arrojando un total de 1.129 semanas y por ende una tasa de reemplazo del 81% y para calcular el monto de la liquidación de la pensión especial de vejez por el ejercicio de la actividad periodística, el despacho se remitió a lo regulado en el inciso 4º del artículo 11 del decreto 1281 de 1988, el cual señala que el IBL será el promedio de lo devengado en los dos últimos años cotizados actualizado anualmente con base en la variación del IPC certificado por el DANE, lo que le arrojó un IBL de \$1.684.418 indexado, suma a la que aplicado el porcentaje del 81% arroja la mesada pensional de \$1'364.379,34.

Contra la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, donde señaló en lo que interesa al presente asunto, que el promedio de los dos últimos dos años devengados por el actor correspondía a \$1'397.592,12 y entre el mes de noviembre de 1993, época de retiro del servicio y el mes de marzo de 2000, el IPC experimentó una variación equivalente a 1.91411040, que aplicada al promedio mensual de lo devengado arroja como resultado un ingreso base de liquidación de \$2'712.782,20 mensuales que al aplicarle el 85% le correspondería una mesada en cuantía inicial de \$2'305.864,87.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

En sentencia de segunda instancia, proferida el 30 de septiembre de 2010 por este Tribunal, se consideró que el señor Claudio Ardila Galvis había cotizado un total del 1.153 semanas correspondiéndole una tasa de reemplazo del 84% y en relación con el ingreso base de liquidación que debió aplicarse para calcular el valor de la primera mesada pensional, la Sala estimó acertados los cálculos efectuados por el a quo, salvo lo correspondiente al porcentaje aplicado, por lo que modificó parcialmente la decisión de primera instancia para ordenar la reliquidación teniendo en cuenta la mesada inicial de \$1'414.911.

En cumplimiento de la sentencia, el ISS reconoció mediante resolución 023399 del 08 de julio de 2011 la reliquidación de la mesada pensional en cuantía de \$1'414.911 a partir del 16 de marzo de 2000 con los correspondientes reajustes legales debidamente indexados.

PREMISAS NORMATIVAS

El artículo 303 del C.G.P. dispone: *“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.*

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplaze a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión”.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

En desarrollo de este instituto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC5231 de 2019 con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez explicó:

*“...En efecto, tal institución, consagrada en el artículo 303 del Código General del Proceso, se sustenta en el carácter vinculante y obligatorio de la voluntad de la ley expresada en una sentencia. Dicho instituto, de origen romano, otorga seguridad jurídica a las relaciones entre las personas, pues impide que una misma controversia sea sometida al escrutinio de los jueces cuantas veces lo deseen las partes, con lo que evita la posible generación de decisiones numerosas y contradictorias respecto de un mismo asunto y libra al aparato judicial del eventual desgaste consecuente. La cosa juzgada le imprime certeza a las relaciones jurídicas y, por contrapartida, precave que se mantenga una incertidumbre permanente. La norma procesal citada establece que una sentencia ejecutoriada en un proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre y cuando el nuevo proceso «... verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes». La identidad de partes — evade *condictio personarum*— también llamada por la doctrina el límite subjetivo, guarda relación con la identidad jurídica de aquellas y no con su identidad física. Por ello, dice el legislador, se entiende que existe también «cuando las [partes] del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos». Los límites objetivos los configuran la identidad de cosa y causa — edén *res* y *eadem causa petendi*—. La cosa o el objeto atañe a la cuestión de sobre qué litigan las partes. Se ha definido como “el bien corporal o incorporal que se reclama, o sea las prestaciones o declaraciones que se piden de la justicia”. En relación con tal elemento, también ha señalado esta Corporación que: Por el aspecto del objeto consistente en la relación jurídica sobre la cual versa la decisión judicial, el criterio para identificarlo es éste: cuando el derecho ha sido confirmado o negado en un pleito, la identidad*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

del objeto se evidencia si en el nuevo proceso se controvierte el mismo derecho, aun cuando ello se haga para lograr el reconocimiento de una consecuencia que no fue discutida en el primer juicio. Siempre que por razón de la diferencia de magnitud entre el objeto juzgado y el del nuevo pleito se haga oscura la identidad de ambos, ésta se averigua por medio del siguiente análisis: si el juez, al estatuir sobre el objeto de la demanda contradice una decisión anterior, estimando un derecho negado o desestimando un derecho afirmado por la decisión precedente, se realiza la identidad de objetos. No así en el caso contrario, o sea cuando el resultado del análisis dicho es negativo. (G.J. XLVII, número 1942). La identidad de causas — eadem causa petendi— trata sobre el por qué litigan las partes, esto es, «...el fundamento inmediato del derecho que se ejerce, es decir, el hecho o hechos jurídicos que sirven de fundamento a las pretensiones», es «el motivo o fundamento del cuál una parte deriva su pretensión deducida en el proceso».

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, concluye la Sala que, tal como lo definió el Juez de primera instancia, se configuraron los presupuestos para declarar probada la excepción de cosa juzgada y que no son suficientes ni pertinentes los argumentos en los que se sustenta el recurso de apelación del demandante atendiendo a lo siguiente:

Indudablemente existe identidad jurídica de partes, como quiera que los sujetos procesales en los dos procesos fueron el señor CLAUDIO ARDILA GALVIS y el Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES.

También existe identidad jurídica de objeto, definido por la jurisprudencia y la doctrina como “*el bien corporal o incorporal que se reclama, o sea las prestaciones o declaraciones que se piden de la justicia*”, en primer lugar, por cuanto si bien se advierte que dentro de las pretensiones de la demanda incoadas en el proceso 2007 - 834 se solicitó la reliquidación a fin de que se incluyeran tiempos de servicios no tenidos en cuenta por el ISS al momento de reconocer la pensión y en



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

consecuencia se aumentara la tasa de reemplazo, también lo es que se solicitó la reliquidación del derecho con base en el promedio actualizado de lo devengado en los dos últimos años de servicios y más concretamente en el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión de primera instancia, la parte demandante solicitó el estudio de la reliquidación pensional exactamente bajo el mismo sustento que aquí se ventila, pues concretamente arguyó:

“... el Juzgado no acertó en la determinación del ingreso base de liquidación pensional que realmente procedía en este asunto.

(...)

Entonces, el promedio mensual de lo devengado por el señor CLAUDIO ARDILA GALVIS en los últimos dos años de servicio (8 de noviembre de 1994 y 7 de noviembre de 1995), fue la suma \$1.397.592.12.

Ahora bien, entre el mes de noviembre de 1995 (época de su retiro del servicio) y el mes de marzo de 2000 (época del reconocimiento pensional) el índice nacional de precios al consumidor experimentó una variación porcentual equivalente a 1.941040.

La variable establecida anteriormente (1.941040), aplicada al promedio mensual de lo devengado por el actor en los dos últimos años de servicio (\$1.397.592.12), arroja como resultado un ingreso base de liquidación pensional igual a \$2.712.782.20 mensuales.

Obtenido así el ingreso base de liquidación pensional, el monto inicial de la pensión especial de vejez debió ser liquidado y reconocido en el equivalente al 85% de dicha base, es decir, en cuantía inicial de \$2.305.864,87 y no el porcentaje y la cuantía determinados en la sentencia”

Sobre este punto, el Tribunal al proferir la sentencia de segunda instancia indicó que los cálculos efectuados por el a quo resultaron acertados sin más consideraciones y al remitirnos a la sentencia del juzgado, éste tuvo en cuenta



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

para calcular el monto del ingreso base de liquidación, lo regulado por el inciso 4º del artículo 11 del decreto 1281 de 1998, es decir, el promedio de lo devengado en los dos últimos años, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor según certificado que expide el Dane, de lo que se advierte que, conforme a la norma en cita el juzgador obtuvo el promedio salarial actualizado y con base en ello se condenó a la reliquidación conforme a la mesada inicial de \$1.419.911,12.

Así las cosas, resulta diáfano que la parte demandante persiguió las mismas pretensiones en ambos procesos con base en el mismo sustento fáctico, de manera pues que concurriendo los elementos para que se configure la cosa juzgada en los términos del artículo 303 del C.G.P., no son suficientes los argumentos del apelante para derruirla, toda vez que el mismo arguyó haber solicitado en el primer proceso la indexación de la primera mesada pero no se vio efectivizado el derecho, situación que no lo habilita para plantear en un nuevo trámite procesal el mismo asunto y, por el contrario, debió activar dentro de los términos legales los mecanismos judiciales de adición y/o aclaración en contra de la decisión del Tribunal de haber considerado que no abarcó la totalidad del recurso de apelación en donde se abordó concretamente el tema de la indexación, por lo que la ausencia del ejercicio procesal oportuno, se reitera, no da la posibilidad de acudir nuevamente a la jurisdicción para obtener otra decisión judicial en torno al mismo asunto ya debatido.

Son suficientes los anteriores argumentos para CONFIRMAR la sentencia impugnada. COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante en la suma de \$300.000 como agencias en derecho.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,**



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2019 por el Juzgado Veinticinco 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 parte demandante en la suma de \$300.000 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada



MARTHA INÉS RUIZ GIRALDO
Magistrada



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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



Tribuna 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 26 2018 00621 01
Demandante: MARÍA DEL CARMEN ORDÓÑEZ LADINO
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR, COLFONDOS y
 OLD MUTUAL
Magistrado Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

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 estudiar en grado jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2020 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora MARÍA DEL CARMEN ORDÓÑEZ LADINO formuló demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS para que previos los trámites legales se declare que al momento del traslado de régimen el 19 de julio de 1996 COLFONDOS S.A. incumplió con su deber de información oportuna y suficiente respecto de las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado de régimen y en consecuencia, se declare la nulidad del traslado, se ordene a COLFONDOS trasladar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, se ordene a COLPENSIONES aceptar su traslado y las costas procesales.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante adujo en síntesis que se vinculó al extinto ISS hoy COLPENSIONES el 04 de noviembre de 1986, el 19 de julio de 1996 se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual y que antes de cumplir los 47 años de edad no recibió asesoría respecto de la posibilidad de regresar al régimen de prima media.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda, COLPENSIONES se opuso a las pretensiones como quiera que la afiliación efectuada por la demandante ante COLFONDOS tiene plena validez, por lo que efectuar el traslado de sus aportes y aceptarlos generaría descapitalización de COLPENSIONES. De igual forma, indicó que debe tenerse en cuenta que son los fondos privados quienes cuentan con la facultad para determinar la anulación de la afiliación, por lo tanto, para poder aceptar el traslado y vinculación de la actora a COLPENSIONES, debe contar con el análisis y aprobación del traslado por parte de la entidad privada a la cual se encuentra afiliada actualmente, previo al cumplimiento de los requisitos legales para acceder al traslado solicitado. Formuló las excepciones denominadas prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe.



Tribuna Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

COLFONDOS S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones tras considerar que brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, en la que se le asesoró respecto de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el régimen de ahorro individual y el de prima media, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Formuló las excepciones que denominó: 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, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

En audiencia celebrada el 08 de octubre de 2019 se ordenó la vinculación de las administradoras de pensiones PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., esta última que al contestar la demanda manifestó no oponerse ni allanarse a las pretensiones como quiera que se encuentran dirigidas a persona jurídica distinta. Formuló las excepciones que denominó: buena fe y pago.

A su turno, PORVENIR S.A. en su contestación se opuso a las pretensiones por cuanto la demandante no aportó elementos de prueba que permitan colegir que la AFP COLFONDOS faltó al deber de información que le correspondía al momento en que se realizó el traslado de régimen pensional. Igualmente, refirió que si el acto de afiliación se vio viciado de nulidad, fue ratificado con los múltiples traslados horizontales realizados por la demandante. Formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



Tribuna Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 14 de diciembre de 2020, DECLARÓ ineficaz el traslado efectuado por la demandante María del Carmen Ordoñez Ladino al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de 1996, CONDENÓ a la demandada COLFONDOS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, CONDENÓ a la demandada COLPENSIONES a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y CONDENÓ en costas a la demandada COLFONDOS, decisión a la que arribó tras argumentar que del formulario de afiliación suscrito en julio de 1996 no se desprende prueba de la información brindada por la administradora acerca de las características y diferencias con el régimen de prima media y solo se cuenta con el interrogatorio a la demandante quien señaló que el asesor le indicó que el seguro social se iba a acabar, que el fondo privado sería más eficiente y la mesada sería superior a la que obtendría en el régimen de ahorro individual, además refirió el a quo que a la demandante no se le explicó nada sobre la opción de regresar a COLPENSIONES, mientras estuvo afiliada a SKANDIA y cuando tenía la oportunidad, por lo que consideró que en el presente asunto se incumplió con el deber de información.

5. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la decisión adoptada resultó adversa a las pretensiones de la demandada COLPENSIONES se envió el proceso en consulta de la misma.

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, COLPENSIONES y PORVENIR 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

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 DEL CARMEN ORDOÑEZ LADINO el 19 de julio de 1996 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, incluyendo las sumas por concepto de gastos de administración?

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.

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que la señora **MARÍA DEL CARMEN ORDÓÑEZ LADINO** se trasladó del régimen de prima media administrado por el otrora Instituto de Seguros Sociales al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante la AFP COLFONDOS S.A, el 19 de julio de 1996 con fecha de efectividad a partir del 1º de septiembre del mismo año, que el 1º de mayo de 2011 se trasladó a OLD MUTUAL, el 1º de abril de 2013 a la AFP PORVENIR S.A. y el 1º de diciembre de 2016 se trasladó nuevamente a COLFONDOS S.A.

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., 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 ORDÓÑEZ LADINO 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 suplieron las administradoras PORVENIR y OLD MUTUAL, pues no se demuestra la debida asesoría otorgada al momento de su traslado a cada una de ellas 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 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia 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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 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 31889



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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"

De otro lado, es dable precisar que 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 SG3201-2018).

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 trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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, tal como lo señaló el juez de primera Instancia respecto de COLFONDOS, se deben incluir dentro de la condena los descuentos de 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 deben asumir las consecuencias de tal conducta y, en ese orden debe ordenarse a las administradoras vinculadas PORVENIR y SKANDIA que devuelvan igualmente al régimen de prima media las comisiones por gastos de administración y demás, obtenidas durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada en dichas AFP.

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 1) 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 correspondientes a las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

destinado a la financiación de la pensión de vejez, comisiones y gastos de administración con todos sus frutos e intereses y demás rubros que posea la accionante hasta que se haga efectivo el traslado, en los términos indicados con anterioridad, por lo que además, se incluirán en la resolutive de la decisión las sumas que se hubieren recibido por concepto de bonos pensionales y demás rubros que no fueron tenidos en cuenta.

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.

De conformidad con las razones expuestas se modificará la decisión de primera instancia respecto de la devolución ordenada a COLFONDOS y se adicionará la condena respecto de PORVENIR y SKANDIA, tal como se indicó en precedencia. 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 segundo de la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2020 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

"CONDENAR a COLFONDOS trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado sin que le sea posible descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros previsionales"

SEGUNDO: ADICIONAR como numeral SEXTO de la sentencia de primera instancia en el siguiente tenor:

"SEXTO: CONDENAR a PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los gastos de administración, comisiones y seguros previsionales descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante mientras estuvo afiliada a dichas administradoras, con cargo a sus propios recursos".

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.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

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



Tribuna 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 39 2017 00490 02
Demandante: GILBERTO HERNANDO RAMÍREZ ROJAS
Demandado: BANCOLOMBIA S.A.

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de julio de 2020.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El señor GILBERTO HERNANDO RAMÍREZ ROJAS formuló demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de BANCOLOMBIA S.A. con el fin que le sean incluidas dentro del Ingreso Base de Liquidación debidamente indexadas la prima de junio, prima de diciembre, los otros conceptos (horas extras) y el preaviso devengados en el último año de salario por el demandante.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, indicó el demandante que BANCOLOMBIA le reconoció una pensión restringida de jubilación en cuantía de un salario mínimo al acreditar que laboró ininterrumpidamente para el entonces Banco de Colombia durante 10 años y 23 días y haber sido despedido sin justa causa el 17 de diciembre de 1984. En proceso judicial adelantado ante el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, se condenó a la demandada a indexar la primera mesada pensional, no se apeló el derecho al reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales, por cuanto en ese momento se hallaba intacta y vigente la doctrina que consideraba este derecho como prescrito. En los folios 22 y 23 de ese expediente, se encuentra el documento denominado "liquidación de prestaciones sociales correspondiente al señor GILBERTO HERNANDO RAMÍREZ ROJAS 88572" en la que bajo el título *liquidación de salarios variables* se evidencia que además del salario básico, el trabajador aquí demandante devengó durante su último año de servicios las primas de junio y diciembre, otros conceptos (horas extras) y que le fue pagado un preaviso por valor de 7.000 pesos.

3. CONTESTACIÓN

BANCOLOMBIA S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones teniendo en cuenta que el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá ordenó la indexación de la mesada pensional causada a favor del actor, estableciendo que la misma para el año 1996 ascendió a la suma de \$264.820,03, para el año 2010 a la suma de \$864.540,10 y para el año 2014 la suma de \$966.178, teniendo en cuenta el promedio del salario devengado en el último año de servicios que ascendió a la suma de \$2.246,75. Además de lo anterior, señaló que las primas de servicios son prestaciones sociales que por expresa disposición legal no constituyen salario como tampoco lo constituye el preaviso y, finalmente, que no existe prueba que el trabajador haya devengado horas extras. Formuló como excepciones las que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas y



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

cobro de lo no debido, buena fe de mi representada, mala fe del demandante, pago, enriquecimiento sin justa causa y prescripción.

En la audiencia de trámite y juzgamiento se declaró la sucesión procesal del demandante con la señora ANA VICTORIA TERREROS TORRES, quien es su cónyuge y disfruta de la pensión que en vida devengaba el causante.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 14 de julio de 2020, DECLARÓ probada la excepción de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido y ABSOLVIÓ a BANCOLOMBIA S.A. de la totalidad de las pretensiones de la demanda. Para así decidir señaló que la pensión sanción que le reconoció BANCOLOMBIA al causante se causó el 17 de diciembre de 1984 fecha en que finalizó su vínculo laboral y se hizo exigible el 19 de agosto de 1996. Indicó que para liquidarla se tuvieron en cuenta la totalidad de los factores salariales señalados por el artículo 3º de la ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la ley 62 de 1985, disposiciones que no incluyen las primas de junio y diciembre ni el preaviso, luego no se puede efectuar la reliquidación, máxime si se tiene en cuenta que el preaviso se pagó en el último año de servicios en aplicación a la cláusula 3ª del contrato y no fue un pago efectuado como contraprestación del servicio. En cuanto a las horas extras indicó que sí son factor salarial pero no se probó su causación, pues la parte actora pretende que el ítem denominado en la última liquidación de prestaciones sociales "otros conceptos último año", sea entendido como el reconocimiento que su empleador hizo como trabajo suplementario.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante interpuso el RECURSO DE APELACIÓN por considerar que limitar los factores salariales a los establecidos para los empleados del sector público no es aplicable al presente



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

caso. Solicitó que se de plena validez a la liquidación de prestaciones sociales por tratarse de un documento elaborado por BANCOLOMBIA y presentado por ambas partes al proceso, en la que se calcula una doceava de \$696,75 como esos factores salariales variables en el año 64, sobre esa liquidación y esos salarios variables reconocidos se liquidaron sus cesantías. Añadió que cuando la empresa no cuenta con la historia laboral, es a ella a la que le corresponde reconstruir el expediente laboral y eso permite que el trabajador pueda, por los medios que tenga a su disposición, presentar cualquier prueba supletiva diferente a la certificación que la empresa debió expedir.

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 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

¿Tenía derecho el señor GILBERTO HERNANDO RAMÍREZ a que BANCOLOMBIA S.A le reliquidara la pensión sanción que le reconoció a partir del 24 de febrero de 2002, para incluir las primas de los meses de junio y diciembre del último año, las horas extras y el preaviso en el cálculo del IBL?



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PREMISAS NORMATIVAS

Teniendo en cuenta que BANCOLOMBIA efectuó el reconocimiento pensional mediante una comunicación escueta en la que nada se dice de la norma con fundamento en la cual reconoció la pensión ni por qué razón tomó el 24 de febrero de 2002 como fecha de reconocimiento, la Sala efectuará un resumen normativo de la pensión sanción, para determinar cuál es la norma aplicable y asimismo los factores salariales que debieron tenerse en cuenta para su liquidación.

La pensión sanción nació del artículo 267 del CST como una prestación económica a cargo del empleador, en beneficio de aquel trabajador despedido sin justa causa después de quince (15) años de servicios continuos o discontinuos, una vez el trabajador cumpliera 50 años de edad.

Posteriormente, la ley 171 de 1961 además de consagrar el derecho a la pensión restringida de jubilación cuando el trabajador se retiraba voluntariamente de la empresa empleadora luego de 15 años de servicios, contempló la pensión sanción a cargo del empleador cuando el trabajador era despedido sin justa causa luego de más de 10 o 15 años de servicios y una vez llegara a la edad de 55 años de edad si se trataba de una mujer o 60 años si se trataba de un hombre.

La anterior norma fue desarrollada por el artículo 74 del decreto 1846 de 1969, que dispuso:

"Pensión en caso de despido injusto

1. El empleado oficial vinculado por contrato de trabajo que sea despedido sin justa causa después de haber laborado durante más de diez (10) años y menos de quince (15), continuos o discontinuos, en una o varias entidades, establecimientos públicos, empresas del Estado, o sociedades de economía mixta, de carácter nacional, tendrá derecho a pensión de jubilación desde la fecha del despido injusto, si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Posteriormente el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 modificó para los trabajadores del sector privado dicha preceptiva incluyendo un presupuesto de no afiliación al Instituto de Seguros Sociales por parte del empleador a los riesgos de vejez, por lo que se mantuvo vigente el artículo 74 antes mencionado para los trabajadores oficiales.

Después de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, es el artículo 133 el que regula los presupuestos que se deben tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión sanción sin diferenciar si se trata de un trabajador oficial o particular y como quiera que lo que se sanciona es el despido sin justa causa luego de un determinado tiempo de servicio.

Ahora bien como quiera que la normatividad aplicable para el reconocimiento de la prestación es la que se encuentre vigente para la fecha de terminación del vínculo laboral y que el señor GILBERTO HERNANDO RAMÍREZ ROJAS prestó sus servicios al otrora BANCO DE COLOMBIA, persona jurídica de carácter privado, la norma que gobierna la pensión sanción reconocida al trabajador es el artículo 8º de la ley 171 de 1961 en cuyo inciso tercero se indica: *La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.*

Por su parte el artículo 260 del CST señalaba: **DERECHO A LA PENSION.**

1. Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

Teniendo en cuenta lo anterior, la norma a la que debemos remitirnos para verificar los factores de salario que debieron tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión sanción es el artículo 127 del CST según el cual:

Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Asimismo, para resolver el problema jurídico planteado, la sala tiene en cuenta el artículo 128 del CST según el cual:

ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. *No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Por su parte el artículo 307 del CST señala: ARTICULO 307. CARACTER JURIDICO. La prima anual no es salario, ni se computará como factor del salario en ningún caso

Finalmente, tiene en cuenta la Sala la Sentencia 31.637 del 15 de julio de 2008, con ponencia de la Magistrada ISaura Vargas Díaz, de la Sala de Casación Laboral de la CSJ según la cual:

Con todo, juzga la Corte precisar que los documentos de folios 8 a 88, en primer lugar no tienen la suficiente vocación de acreditar, por sí solos, que el actor laboró determinadas horas extras diurnas y nocturnas, dominicales y festivos, en la cantidad allí establecida y, en segundo término, que no se puede soslayar lo que antaño ha sostenido esta Corporación en torno a que a ninguna de las partes le es dable producir sus propias pruebas, es decir, que la parte que hace una declaración de un hecho que lo favorece, no puede pretender en el proceso hacerlo valer en su propio beneficio. De no ser así, la sola afirmación del demandante de haber laborado un número determinado de horas extras, dominicales y festivos, bastaría para vincular al juez laboral para fallar en su favor, que es lo que en últimas pretende el actor en su discurso.

Es que ni siquiera la prueba testimonial, que no es elemento demostrativo calificado en casación, podría desvirtuar la conclusión del fallador, aspecto que el mismo recurrente no desconoce cuando afirma que "Por supuesto que no indican de manera cronológica y pormenorizada las horas laboradas, pero sin duda permiten dar por demostrado, que los valores y registros consignados en las documentales de los folios 8 a 88 del cuaderno principal son totalmente ciertos" (folio 15, cuaderno 3), aseveración que no pasa de ser una mera suposición o conjetura

Se impone recordar, como de vetusto lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo mas allá de la jornada ordinaria han de analizarse



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimes trabajadas".

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en primera instancia que el señor **GILBERTO HERNANDO RAMÍREZ ROJAS** laboró para **BANCOLOMBIA** desde el 24 de noviembre de 1954 hasta el 17 de diciembre de 1964 (folio 11). Según la liquidación final de prestaciones sociales de folio 12, el trabajador devengó en el último año de servicios la prima de junio de 1964 en la suma de \$1.666.55, la prima de diciembre de 1964 en la suma de \$2.054.16 y "otros conceptos" por la suma de \$4.630,26 y se le pagó un preaviso previsto en la cláusula 3ª del contrato de trabajo de \$7.000. Mediante comunicación del 17 de marzo de 2005, **BANCOLOMBIA S.A.** informó al demandante el reconocimiento de una pensión sanción en cuantía de \$381.500 a partir del 24 de febrero de 2002 incluida en nómina del 15 de abril de 2005 (folio 129). Mediante sentencia del 25 de junio de 2014, el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá declaró que el señor **RAMÍREZ ROJAS** tenía derecho a la indexación de su primera mesada pensional que calculó en la suma de \$264.820,03 para 1996, \$864.540,10 para el 2010 y \$966.178 para el 2014 y condenó a **BANCOLOMBIA** a pagar las diferencias mensuales respectivas. Tal decisión fue modificada por la Sala Laboral del Tribunal en lo que a la prescripción y el retroactivo de las diferencias se refiere (CD de folios 156 y 157).

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, advierte la Sala, en primer lugar que, tal como lo señaló el apelante, se equivocó la Señora Juez de primera instancia al resolver el problema jurídico planteado con fundamento en las



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

leyes 33 y 62 de 1985, pues el señor GILBERTO HERNANDO RAMÍREZ ROJAS era un trabajador del Banco de Colombia, persona jurídica de derecho privado y las referidas normas aplican exclusivamente a los servidores públicos.

Definido lo anterior y conforme lo expuesto en las premisas normativas, es el artículo 127 del CST el que señala los factores salariales que debieron tenerse en cuenta para liquidar la pensión sanción del fallecido demandante, es decir que solamente debieron computarse como factor salarial aquellos emolumentos que recibió el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. En manera alguna pueden entenderse como factor de salario las primas de servicios devengadas por el trabajador en junio y diciembre del último año trabajado, pues por expresa disposición de los artículos 128 y 307 del CST "no constituyen salario las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX" y "la prima anual no es salario, ni se computará como factor del salario en ningún caso".

De manera pues que resulta clara la improcedencia de la pretensión de incluir esa prestación en el cálculo del Ingreso Base para liquidar la pensión sanción del ex trabajador. Tampoco era dable incluir el preaviso, pues según el texto de la cláusula tercera del contrato de trabajo, no se pagó al señor RAMÍREZ ROJAS como contraprestación del servicio, sino como una forma de indemnizarlo por la terminación del contrato de trabajo, por lo que tampoco constituía salario, tal como lo definió la a quo.

Finalmente, no está demostrado en el plenario que el señor GILBERTO HERNANDO RAMÍREZ ROJAS haya laborado horas extras durante el último año de servicios, pues como también lo concluyó la a quo, no es posible interpretar la denominación "otros conceptos" incluida en la liquidación de prestaciones sociales de folio 12 como si se tratara del referido factor salarial, porque no se tiene certeza



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

a qué conceptos se refiere y mucho menos puede definirse que se trate de horas extras como lo solicita el actor y lo cierto es que, tal como lo tiene asentado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral desde tiempos remotos, para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia. es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas.

Basta simplemente señalar que el debate no debía centrarse en la inexistencia de documental que demuestre la jornada superior a la máxima legal laborada por el trabajador, pues tiene pleno valor probatorio la liquidación de prestaciones de folio 13 que es la documental que solicita el apelante que se tenga en cuenta, en la que no se indica clara y contundentemente que el señor RAMÍREZ ROJAS haya devengado horas extras durante el último año de servicios y, aun si en gracia de discusión fuera posible que el trabajador, por los medios que tenga a su disposición, presentara cualquier prueba que supliera la certificación salarial que no expidió BANCOLOMBIA, como lo indicó el apelante, lo cierto es que tampoco el demandante aportó una prueba idónea que demostrara las horas extras cuya inclusión en el IBL de la pensión solicita.

Son suficientes los anteriores argumentos para CONFIRMAR la sentencia impugnada, pero por las razones expuestas en precedencia.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante en la suma de \$300.000 como agencias en derecho.



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;

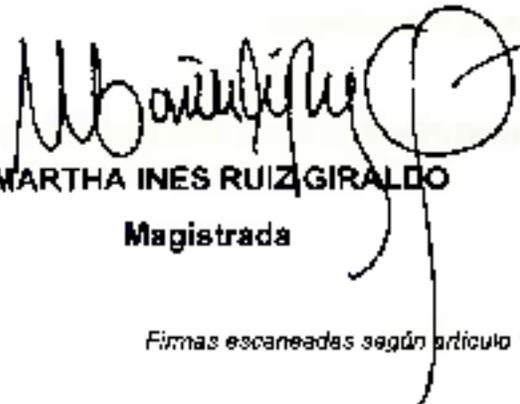
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante en la suma de \$300.000 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada


MARTHA INÉS RUIZ GIRALDO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
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 35 2020 00096 01
Demandante: LUIS ALFREDO SUÁREZ CEPEDA
Demandado: COLPENSIONES y PROTECCIÓN

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada AMANDA LUCÍA ZAMUDIO VELA identificada con C.C. No. 51.713.048 y T.P. No. 67.612 del C.S. de la Judicatura conforme a la sustitución del poder aportada mediante correo electrónico.

Se reconoce personería para actuar en representación de PROTECCIÓN S.A. al abogado CARLOS ANDRÉS JIMÉNEZ LABRADOR identificado con C.C. 1.016.053.372 y T.P. No. 317 228 del C.S.J., de conformidad con las facultades conferidas en el poder especial otorgado mediante escritura pública No 1208 del 15 de noviembre de 2018 allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por el DEMANDANTE, PROTECCIÓN y COLPENSIONES y a desatar el grado jurisdiccional de Consulta en el que fue enviada la sentencia profanda el 15 de diciembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ANTECEDENTES:

1. DEMANDA

El señor LUIS ALFREDO SUAREZ CEPEDA formuló demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a efectos que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación y del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., o subsidiariamente la inexistencia del acto jurídico y que para todos los efectos ha estado afiliado al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, por no haberse realizado el traslado en forma libre y espontánea. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a la administradora privada la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas que recibió con ocasión de la afiliación del demandante a esa administradora, así como al pago de los perjuicios morales ocasionados al actor.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, el demandante refirió que nació el 2 de febrero de 1961, estuvo afiliado al régimen de prima media a través del Instituto de Seguros Sociales desde 1986 y el 14 de noviembre de 1997 se trasladó a PROTECCIÓN S.A. por no recibir información técnica y adecuada al considerar que el RAIS era mucho más benéfico a sus intereses pensionales, atendiendo a que el asesor del fondo privado omitió explicarle las implicaciones del traslado y lo engañó indicándole que el régimen de prima media desaparecería y que obtendría un mejor monto pensional en el RAIS, entre otros aspectos.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda PROTECCIÓN S.A. la contestó oponiéndose a las pretensiones toda vez que el acto de afiliación del demandante es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Indicó que la suscripción del formulario de afiliación se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose así su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y PROTECCIÓN, en virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto de la administradora como de la afiliada. Indicó que la actora tuvo suficiente ilustración para optar por el traslado de régimen, desvirtuándose así cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. Agregó que el demandante no puede pretender la declaratoria de nulidad o de ineficacia soportando dicha pretensión en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez, ya que un acto es nulo por vicios del consentimiento no por la favorabilidad económica del acto jurídico. Formuló como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

COLPENSIONES también se opuso a las pretensiones por cuanto no obra en el proceso prueba que demuestre que la AFP hizo incurrir en error al actor o que se está en presencia del algún vicio del consentimiento, tampoco se observa nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad de la demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que el traslado se hizo en forma libre y voluntaria. Finalmente indicó que no se puede reactivar la afiliación del demandante al régimen de prima media por encontrarse inmerso en la prohibición señalada por el artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003. Formuló como excepciones las que denominó descapitalización del sistema



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media, con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 15 de diciembre de 2020, **DECLARÓ LA INEFICACIA** del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por el señor **LUIS ALFREDO SUAREZ CEPEDA** a través de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y le ordenó trasladar todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos a **COLPENSIONES**, la condenó asimismo a pagar la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración conforme al tiempo que estuvo afiliado a esa administradora y ordenó a **COLPENSIONES** volver a afiliar al señor **SUAREZ CEPEDA** al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes provenientes de **PROTECCIÓN** y absolvió a las demandadas del pago de perjuicios morales por no haberse demostrado. Para así decidir señaló que la **AFP** demandada debía demostrar que le dio la información completa, clara y comprensible al demandante para tomar la decisión de traslado, pues como el trabajador no puede demostrar que recibió la información, es la **AFP** la que está en posibilidad de hacerlo máxime si se tiene en cuenta que el deber de información se predica de las administradoras. Indicó que el traslado de régimen conlleva entonces el derecho de la persona a ser informada y el deber de la administradora de brindar información integral, clara, suficiente, veraz, que incluya las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, lo cual no está demostrado en el proceso y era carga probatoria de la administradora según lo indicado por el artículo 167 del C.G.P. La **Salade Casación Laboral** de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la afiliación desinformada genera la ineficacia y las cosas se retrotraen al estado



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

anterior, por lo que deben devolverse las cotizaciones y las sumas adicionales de aseguramiento, junto con los rendimientos, frutos e intereses a COLPENSIONES, debiendo PROTECCIÓN asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión en proporción al tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora.

5. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia el DEMANDANTE interpuso el recurso de apelación solamente en lo que tiene que ver con la absolución de condena en costas a COLPENSIONES, toda vez que la entidad también fue vencida en juicio y se opuso a la prosperidad de las pretensiones en forma activa.

PROTECCIÓN S.A. también interpuso el recurso de apelación en lo que tiene que ver con la condena a trasladar las cuotas de administración toda vez que la AFP realizó una excelente gestión de administración de la cuenta de ahorro individual de la actora por lo que ordenar trasladar esas cuotas de administración sería castigarla por ello y desconocer el derecho a las restituciones mutuas contemplado en el artículo 1746 del Código Civil. Indicó que las cuotas de administración tienen una naturaleza diferente a la de la pensión por lo que podría hablarse incluso de prescripción de las mismas, además la consecuencia de este proceso es la ineficacia, como si el demandante nunca hubiese estado afiliado al RAIS, entonces tampoco se hubieran generado esos rendimientos que hoy se ordenan trasladar a COLPENSIONES. En cuanto a la devolución del seguro previsional indicó que se contrata con un tercero que es la aseguradora para mantener unas pólizas vigentes y que en caso que se materialice el siniestro de la invalidez o de la muerte el afiliado esté cubierto y que si bien es cierto en este caso no se materializó, no puede llamarse a un tercero como es la aseguradora para que devuelva las cuotas recibidas. Finalmente señaló que en la condena a que PROTECCIÓN asuma la diferencia que exista de la mesada pensional, no es esta jurisdicción la competente para imponer perjuicios sino que es la ordinaria civil, además no se probó un daño



Consejo Superior de la Judicatura

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ni un nexo causal con una actuación de PROTECCIÓN, como tampoco obra juramente estimatorio para condenar a estos perjuicios.

Finalmente COLPENSIONES también interpuso el recurso de apelación por cuanto el demandante no cumple con los requisitos legales para regresar al régimen de prima media, la afiliación no adolece de causal de nulidad, dentro del acervo probatorio se encontró que la manifestación del demandante de realizar su traslado al RAIS fue de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo evidente que se realizó con el cumplimiento de las solemnidades legales y produjo entonces el efecto del traslado válido al RAIS, sin que exista prueba que su consentimiento fuera ineficaz o estuviera viciado de alguna nulidad. Indicó además que aceptar el retorno del actor al régimen de prima media contribuiría a la descapitalización del sistema pues afectaría sus sostenibilidad financiera por no existir ninguna justificación para ese traslado, poniéndose en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados. Indicó que COLPENSIONES es un tercero de buena fe que aceptó el traslado por el cumplimiento de la normatividad vigente y por lo tanto no puede ser sancionada como se hace en esta sentencia. Finalizó con la solicitud de que, en caso de mantenerse la condena, se adicione en el sentido que los Fondos no realicen deducciones por concepto de seguros de invalidez o sobrevivientes.

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,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 el señor LUIS ALFREDO SUAREZ CEPEDA y, 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?

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.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 el señor LUIS ALFREDO SUAREZ CEPEDA estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales entre el 14 de noviembre de 1986 y el 31 de diciembre de 1997, se afilió a PROTECCIÓN S.A. el 18 de noviembre de 1997 con efectos fiscales a partir del 1º de enero de 1998, administradora a la que se encuentra afiliado actualmente.

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 al afiliado al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a esa demandada y no al demandante, contrario a lo expuesto por las demandadas apelantes y como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., 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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

con la cual la administradora demandada pretendió demostrar la debida información otorgada al señor LUIS ALFREDO SUAREZ CEPEDA al momento del traslado, 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.

Sentado lo anterior y atendiendo a lo expuesto en la sustentación del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, se debe precisar en primer lugar, que en el presente asunto no se discuten los vicios del consentimiento y, por el contrario, el problema jurídico debe abordarse desde la ineficacia que es la consecuencia de la afiliación desinformada como lo ha señalado nuestro órgano de cierre, por lo que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación del error, fuerza o dolo, cuando la jurisprudencia que se toma como premisa normativa, consagró que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada.

Se concluye entonces que PROTECCIÓN incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa al 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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 lo que se traduce en que no produce efecto alguno y debe el demandante retomar al régimen de prima media, por lo que fue acertada la decisión del a quo y debe confirmarse.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

De otro lado y en punto al recurso de apelación de PROTECCIÓN, es dable precisar que en la devolución de los dineros contenidos en 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 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 SL 1688-2019 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 traya 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 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 estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31969, 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, es acertada la decisión de primera instancia de incluir dentro de la condena impuesta los descuentos de gastos de administración, así como las demás comisiones destinadas entre otras para las primas de seguros como consecuencia de la afiliación al RAIS, las 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's, que deben asumir las consecuencias de tal conducta. No obstante lo anterior, se modificará el numeral primero de la sentencia que resulta confuso en cuanto a qué sumas son las que debe devolver la AFP a COLPENSIONES.

En punto al recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, advierte la Sala que la decisión adoptada en primera instancia no afecta el principio de la sostenibilidad financiera respecto de la 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 f) 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 colizados».

“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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 correspondientes a las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, comisiones y gastos de administración con todos sus frutos e intereses y demás rubros que posea el accionante hasta que se haga efectivo el mismo, en los términos indicados con anterioridad, por lo que como se indicó se modificará el numeral primero de la sentencia.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 cuanto al recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN contra el numeral segundo de la sentencia en lo que para su apoderada implica una condena al pago de perjuicios, debe señalar la Sala en primer lugar que no se condenó a pagar la diferencia en la mesada pensional entre la que reconocería PROTECCIÓN y la que correspondería en el régimen de prima media como lo indicó, sino que se ordenó a pagar la disminución en el capital de financiación de la pensión que implica el pago de gastos de administración, lo cual no es más que la imposibilidad de descontar los gastos de administración que están perfectamente justificados según lo señalado en líneas anteriores, sin embargo, para evitar confusas interpretaciones, se suprimirá el referido numeral y se incluirá lo relacionado con los gastos de administración en el numeral primero de la sentencia, como ya se indicó.

Finalmente, en cuanto al recurso de apelación interpuesto por la parte actora con el que pretende que se extienda la condena en costas a COLPENSIONES, considera la Sala que debe mantenerse la absolución que por este concepto se determinó en primera instancia, toda vez que si bien es cierto tal como lo señala la apelante, COLPENSIONES también resultó vencida en juicio, también lo es que no fue esa entidad la que dio lugar al inicio del proceso al que fue vinculada no por haber incumplido el deber de información que como administradora de pensiones también le corresponde, sino porque los efectos de una sentencia condenatoria la afectan, pues al ser la administradora del régimen de prima media es quien debe recibir al demandante como su afiliado, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, no porque haya intervenido en el acto de afiliación que se declaró ineficaz y la razón de la oposición a las pretensiones no es como entidad en si



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

misma sino en defensa de la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, lo que la lleva a cumplir con la obligación de ejercer su propia defensa a través de la formulación de excepciones, por lo que será confirmada la sentencia en este aspecto.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, se **MODIFICARÁ** el numeral primero y se eliminará el numeral segundo de la sentencia impugnada como se indicó. **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 primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de diciembre de 2020, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por el señor **LUIS ALFREDO SUAREZ CEPEDA** a través de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A** y **CONDENAR** a esta última a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, que incluyan cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración, comisiones y seguros previsionales.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

SEGUNDO: SUPRIMIR el numeral segundo de la sentencia impugnada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
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 26 201900 058 01
Demandante: ROSITA SEDANO MORALES
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN

Magistrado Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., así como en grado jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES. la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora ROSITA SEDANO MORALES formuló demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la 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 legales se declare la nulidad de la afiliación suscrita ante la administradora de pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN SA y la posterior afiliación efectuada ante PORVENIR, en consecuencia, se ordene a PORVENIR SA devolver a



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

COLPENSIONES los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y los rendimientos que se hubieran causado, condenar a COLPENSIONES a aceptar la devolución al régimen de prima media con prestación definida y reactivar su afiliación.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante adujo en síntesis que inició su vida laboral el 30 de enero de 1985 cuando efectuó cotizaciones a la Caja de Previsión Social del municipio de Popayán del régimen de prima media con prestación definida durante 8 años y 7 meses, que posteriormente continuó sus cotizaciones en el Instituto de Seguros Sociales entre el 01 de enero de 1996 y el 26 de mayo de 1999, cuando se afilió a COLMENA hoy PROTECCIÓN SA, que en certificado del 20 de enero de 2017 COLPENSIONES indicó que fue anulado el traslado del 02 de julio de 1999 por lo que se encontraba afiliada al régimen de prima media desde el 12 de enero de 1996 con estado de activo cotizante. Refirió además que en marzo del 2003 la demandante fue abordada por una funcionaria de PORVENIR, entidad que la mantuvo inducida en error al ofrecerle mejores ventajas en los rendimientos de su cuenta individual de ahorros respecto de los que tenía en COLMENA, en dicha data SANTANDER, fecha para la cual desconocía la nulidad de su afiliación al RAIS y también el funcionario de PORVENIR. Señaló que con posterioridad al traslado irregular el asesor comercial de PORVENIR tampoco cumplió con el deber legal de información, asesoría legal y buen consejo al no explicarle sobre las ventajas y beneficios que tendría al regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Indicó que el 23 de enero de 2015 fue informada por parte de PORVENIR que se encontraba válidamente vinculada a COLPENSIONES de conformidad con la normatividad vigente, artículo 17 Decreto 962 de 1994, Decreto 3995 de 2008 y la ley 797 de 2003, aplicadas a su situación particular, además que en el mismo oficio



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

le informaron que PORVENIR realizaría el correspondiente traslado de aportes a COLPENSIONES con el fin de concluir su conflicto de multivinculación, para lo cual se anexó acta de la reunión efectuada entre PORVENIR y COLPENSIONES el 21 de enero de 2015, sin embargo, sorpresivamente en oficio del 04 de diciembre de 2017 PORVENIR le informa que de acuerdo a la reevaluación realizada por ambas administradoras el caso se definió en el comité de multi afiliación el 21 de enero de 2015 como vinculación válida del sistema general de pensiones con la AFP PORVENIR, por lo que al percatarse que su situación pensional se vería afectada por el traslado del régimen pensional y por la situación presentada, solicitó ante COLPENSIONES el traslado y/o una afiliación y reactivación a dicha administradora, entidad que contestó de manera negativa por encontrarse a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez subsanada, admitida y notificada en debida forma la demanda, COLPENSIONES la contestó oponiéndose a las pretensiones, al considerar que fue la misma demandante quien realizó el traslado a voluntad propia y Colpensiones nada tuvo que ver con el mismo, por lo tanto no tiene por qué asumir los errores de omisión del accionante y de la administradora del RAIS. Igualmente señaló que la demandante no probó causal alguna de que la afiliación a la administradora privada resultó nula o ineficaz, teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y no infringe la norma, por lo que no procede la declaratoria de la nulidad. Formuló las excepciones de fondo 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 entidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y buena fe.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PROTECCIÓN S.A., al contestar la demanda se opuso a las pretensiones por cuanto señaló que la afiliación entre dicha administradora y la demandante es plenamente válida 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 vicio del consentimiento de la demandante ni se le ocultó información antes del momento de la firma ni al momento de afiliarse a Colmena hoy Protección, ya que la misma suscribió válidamente su formulario, pues su decisión estuvo exenta de cualquier engaño o error que pudiera ser provocado por los asesores comerciales de Protección, debidamente capacitados para dar toda la información relevante y necesaria para orientar a las personas en sus posibles inquietudes respecto del RAIS, en consecuencia, refirió que a la demandante se le informó de manera verbal el monto estimado de su pensión, las desventajas comparativas de cada régimen entre otras, de modo que, no existe vicio del consentimiento alguno en la afiliación de Protección ni menos aún causales de ineficacia de la misma. Formuló las excepciones denominadas: validez de la afiliación al RAIS con protección, inexistencia de vicios del consentimiento por error de derecho y prescripción.

A su turno PORVENIR S.A., contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones bajo el argumento que la vinculación con dicha entidad se realizó de forma válida con la entrega de información clara y oportuna en la que se explicó a la demandante lo correspondiente al régimen de transición, los requisitos para la obtención de una pensión, que la pensión se obtiene con el esfuerzo individual del afiliado, se le explicó que el traslado de AFP era completamente libre y voluntario. Igualmente recordó que el deber de información de las administradoras para el año 2003 se encontraba regulado en el numeral primero del artículo 97 del decreto 683 de 1993 modificado por el 23 de la ley 795 de 2003 y en tal sentido las administradoras no estaban obligadas a entregar una proyección pensional a la demandante. Formuló las excepciones 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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiseis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 10 de noviembre de 2020 DECLARÓ ineficaz el traslado efectuado por la demandante Rosita Sedano Morales al régimen de ahorro individual con solidaridad, CONDENÓ a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con su rendimiento financiero causado y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, CONDENÓ a COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas y CONDENÓ en costas a PROTECCION y PORVENIR fijándose como agencias en derecho la suma de \$800.000. Como fundamento de su decisión indicó en síntesis, luego de reseñar la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre respecto al tema, que para el año 1999 fecha del traslado inicial, si bien no era obligación efectuar por parte de las administradoras una proyección pensional si era obligación legal explicarle al afiliado cómo se liquidaría su mesada pensional, las modalidades de pensión existentes en el RAIS, explicarle que necesitaba un capital necesario para acceder a un derecho pensional y qué sucedería en caso de que no lograra acumularlo, así mismo, informarle las diferencias con el régimen de prima media con prestación definida y en caso de que el afiliado tuviera conocimiento de dichas circunstancias se debía acreditar en el proceso que no era necesaria una asesoría completa. Refirió que obra formulario de afiliación suscrito en el mes de mayo de 1999 ante COLMENA del cual no se desprende prueba de la información brindada a la demandante, tampoco de la afiliación efectuada a PORVENIR. Indicó además que en interrogatorio de parte, la demandante señaló que al momento del traslado inicial le informaron muchos beneficios, como por ejemplo, que se pensionaría igual o en mejores condiciones que en el ISS y muy rápido y en su afiliación a PORVENIR le ofrecieron mejores rendimientos que en PORTECCION, sin embargo, no le informaron las modalidades de pensión, pero si le indicaron que



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

podía heredar sus ahorros, no le informaron qué circunstancias o factores se tendrían en cuenta para la liquidación de su mesada pensional y si el ostentar la calidad de empleada pública en carrera afectaría su afiliación al régimen de ahorro individual, por lo que precisó que la única prueba distinta a las documentales es el interrogatorio del que no se desprende la información clara, oportuna, suficiente y veraz respecto de las características principales del régimen de ahorro individual.

5. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia la apoderada de PORVENIR interpuso recurso de apelación a fin de que sea revocada y en su lugar se absuelva de las pretensiones de la demanda, solicitud que fundamenta en el incumplimiento de la demandante al deber de diligencia y cuidado de sus propios negocios, lo cual conlleva a que ella se beneficie de su propia culpa o negligencia en su actuar, circunstancia que quedó probada en el interrogatorio, pues solo encontrándose en la prohibición del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, se preocupó por conocer su estado pensional y la inconformidad solo se consolidó cuando se encontraba en su edad de pensión y se enteró de la diferencia de los montos pensionales entre Colpensiones y Porvenir, razón por la cual, es claro que cuando decidió afiliarse al RAIS, la actora se sometía a las características del régimen y que podía verse afectada o beneficiada, razón por la cual, no puede decirse que en este tipo de procesos se alegue la falta de información de los fondos privados, cuando en realidad es la inconformidad frente a las diferencias pensionales. Mencionó además que las prestaciones entre ambos regimenes no son comparables, pues si bien amparan la contingencia de la invalidez, vejez y muerte, en el régimen de prima media los afiliados obtienen las prestaciones cuyas condiciones y montos ya están definidos en la ley, contrario al ahorro individual donde se reconoce conforme el aporte efectuado en las respectivas cuentas de ahorro individual y es por eso que al haber existido dos actos jurídicos bajo la voluntad de la demandante, se debe respetar la voluntad de las partes y dar el



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

valor probatorio que merece al formulario de afiliación, prueba que muestra el cumplimiento de los requisitos vigentes para dicho momento y la voluntad expresa del afiliado, sumado a que los afiliados son consumidores financieros y por lo tanto, la actora debía actuar con debida diligencia, por lo menos tener información sobre los actos jurídicos que realizó, sin que se pueda pasar por alto que todos los aspectos que regulan el régimen pensional se encuentran en la ley cuyo desconocimiento no es excusa de conformidad con lo estipulado en el artículo 9º del Código Civil, pues dicha causa no se puede invocar como pretexto para afeclar de vicios el consentimiento.

Refirió que el fallo de primera instancia está sometiendo a la administradora a un imposible jurídico, en la medida que se pretende el cumplimiento de formalidades y que se alleguen pruebas que no estaban vigentes para el momento que se realizó el traslado de régimen, de otro lado, solicitó que en caso de confirmarse la decisión no se condene a la devolución de los gastos de la administración, toda vez que, por mandato legal tienen una destinación específica que en este caso cumplió su cometido mientras la demandante mantuvo su vinculación en el régimen de ahorro individual, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y ya no se encuentran en poder de la administradora pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante, principalmente, en el manejo de las inversiones tendientes a obtener la rentabilidad de esos recursos.

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, COLPENSIONES y PORVENIR 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

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 ROSITA SEDANO MORALES 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, incluyendo las sumas por concepto de gastos de administración?

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.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 señora ROSITA SEDANO MORALES se trasladó del régimen de prima media administrado por el otrora Instituto de Seguros Sociales al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 26 de mayo de 1999 con fecha de efectividad a partir del 1 de julio del mismo año, que el 14 de marzo de 2003 se trasladó a PORVENIR administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, de conformidad con los formularios de afiliación visibles a folios 27 y 29 y el historial de vinculaciones de Asofondos de folio 213. Igualmente se advierte que si bien mediante comité de multiafiliação del 21 de enero de 2015 se había definido que la demandante se encontraba válidamente afiliada a COLPENSIONES, en comunicación del 14 de diciembre de 2017 la AFP PORVENIR informó a la demandante que conforme a la reevaluación realizada se tenía como vinculación válida la de PORVENIR.

CONCLUSIÓN



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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, contrario a lo señalado por la recurrente, 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., 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 SEDANO MORALES, 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 la administradora PORVENIR 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 notona 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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia 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 tienen establecido que se deba contar con ello para que proceda la ineficacia del



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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"*

De otro lado, es dable precisar que 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 SL 1688-2019 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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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, tal como lo señaló la juez de primera instancia respecto de PORVENIR, se deben incluir dentro de la condena los descuentos de 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 deben asumir las consecuencias de tal conducta y, en ese orden debe ordenarse igualmente a la administradora PROTECCIÓN que devuelva al régimen de prima media las comisiones por gastos de administración y demás, obtenidas durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada en dicha AFP con destino a COLPENSIONES.

Corolario de lo anterior, advierte la Sala que la decisión adoptada en primera instancia no afecta el principio de la sostenibilidad financiera respecto de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

COLPENSIONES, pues como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2018:

“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 f) 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”.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 correspondientes a las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, comisiones y gastos de administración con todos sus frutos e intereses y demás rubros que posea la accionante hasta que se haga efectivo el traslado, en los términos indicados con anterioridad, por lo que además, se incluirán en la resolutive de la decisión las sumas que se hubieren recibido por concepto de bonos pensionales y demás rubros que no fueron tenidos en cuenta.

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.

De conformidad con las razones expuestas se modificará la decisión de primera instancia respecto de la devolución ordenada a PORVENIR y se adicionará la condena respecto de PROTECCIÓN tal como se indicó en precedencia. COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y a favor de la demandante en la suma de \$400.000 por concepto de agencias en derecho.



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: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

"CONDENAR a PORVENIR S.A. trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado sin que le sea posible descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros previsionales"

SEGUNDO: ADICIONAR como numeral SEXTO de la sentencia de primera instancia en el siguiente tenor:

"SEXTO: CONDENAR a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los gastos de administración, comisiones y seguros previsionales descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante mientras estuvo afiliada a dicha administradora, con cargo a sus propios recursos"



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Magistrada

MARTHA INÉS RUIZ GIRALDO

Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

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 08 2017 00646 01
Demandante: TERESA TELLEZ DE PATIÑO
Demandada: ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A.

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de noviembre de 2020.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora TERESA TELLEZ DE PATIÑO interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra del banco ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A., para que previos los trámites del proceso ordinario laboral sea condenada al pago de los incrementos de la prestación económica de jubilación por concepto de aportes en salud consagrados en el artículo 143 de la ley 100 de 1993, el retroactivo indexado del aumento, la indexación de las sumas objeto de condena y las costas del proceso.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones indicó que el señor GABRIEL PATIÑO ARIZA trabajó por más de 20 años en el BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO, luego BANCO SANTANDER hoy denominado BANCO ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A., entidad que le reconoció por concepto de pensión convencional una suma de \$3.270 a partir del 21 de junio de 1973 y para el mes de mayo de 1997 devengaba una pensión de \$318.068, sin embargo, el pensionado solicitó la reliquidación de la mesada pensional teniendo en cuenta la bonificación extra legal - prima de vacaciones por una suma de \$2.580 en el último año de servicios la cual no fue tomada en cuenta como factor salarial para la liquidación de la pensión convencional de jubilación, reliquidación reconocida por el BANCO ITAÚ por un valor de \$110.980,56 adicionales, de conformidad con el acta de conciliación suscrita el 03 de junio de 1997 por lo que la mesada del mes de junio de dicha anualidad correspondió a la suma de \$429.049. De otro lado, indicó que la pensión convencional del señor GABRIEL PATIÑO ARIZA no tuvo en cuenta el aumento establecido en el artículo 143 de la ley 100 de 1993 y que dicha pensión fue sustituida a ella, TERESA TELLEZ DE PATIÑO el 01 de enero de 2001.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda, la sociedad ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. la contestó oponiéndose a las pretensiones bajo el argumento que al momento de liquidar la pensión convencional del señor Gabriel Patiño se tuvo en cuenta el promedio de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de prestación del servicio y además de los incrementos anuales que legalmente le corresponden, en el año 1997 las partes suscribieron un acta de conciliación mediante la cual la mesada pensional fue ajustada incluyéndose el incremento de la cotización en salud en estricto acatamiento de lo normado en el artículo 143 de la ley 100 de 1993. Refirió que aunque en el acta de conciliación se hace referencia solamente al ajuste de la pensión convencional como consecuencia de incluir dentro de la base de liquidación la prima de vacaciones



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

devengada en el último año de servicios, en el valor total se incluyó igualmente el reajuste contemplado en el artículo 143 de la ley 100 de 1993 inclusión que se evidencia simplemente con el cálculo del valor de la prima de vacaciones que para el año 1973 ascendía a la suma \$2.580 suma que actualizada a la fecha de la conciliación 1997, arroja un total de \$421,744 por ende, al dividir ese total en 12 meses, dado que la prima tenía causación anual, equivale a un incremento de \$35.145 y no de \$110.980,56 como quedó expresado en el acta de conciliación y, en esas condiciones, indicó que es evidente que el excedente de \$75.835,56 correspondió al ajuste ordenado en el artículo 143 de la ley 100 de 1993 siendo totalmente contrario a derecho pretender una nueva inclusión de ese concepto en la sustitución pensional. Formuló las excepciones que denominó cosa juzgada, inexistencia de la obligación y cobro debido, compensación y prescripción.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 09 de noviembre de 2020 CONDENÓ a la demandada ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA SA al incremento por salud de que trata el artículo 143 de la ley 100 de 1993 en favor de la señora TERESA TÉLLEZ DE PATIÑO a partir del día 31 de octubre de 2014 y hasta el 20 de abril de 2018 valores que deberán ser indexados desde el momento de la causación hasta el momento en que se haga efectivo el pago, DECLARÓ parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por la pasiva respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 31 de octubre de 2014 y condenó en costas a la demandada en la suma de \$500.000 por concepto de agencias en derecho.

Como sustento de su decisión arguyó que el causante adquirió el derecho pensional el 21 de junio de 1973, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que tiene derecho al incremento por salud según lo establece el artículo 143 de la misma ley, reajuste que según señaló la demandada se incluyó en el acta de conciliación de folios 192 y 193, no obstante a juicio del a quo, dicho fundamento no se puede tener en cuenta, toda vez que en el acta de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

conciliación se observa que la demandada se obligó al pago del 80% del valor del ajuste de pensiones y mesadas adicionales retroactivas de los últimos tres años por mutuo consentimiento de las partes el cual ascendía a la suma de \$2'752.795,38, y el valor que se incrementaría a la mesada a partir del 1º de junio de 1997 correspondiente a \$110.980,56 sin perjuicio de los incrementos de ley, por lo que, en la conciliación no se hace referencia al incremento por salud, sin que sea posible atribuir a los montos objeto de conciliación un concepto determinado ni presumir con cálculos aritméticos la inclusión del valor que se reclama por concepto de incremento pensional. Por otra parte refirió que de conformidad con lo establecido en sentencia SL 186 de 2018, el fallecimiento del pensionado no incide con el reconocimiento a la cónyuge que percibe la sustitución pensional y en relación al fenómeno prescriptivo, que éste se interrumpió con la presentación de la demanda por lo que se afectaron los incrementos anteriores al 31 de octubre de 2014.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandada interpuso el recurso de apelación por considerar que dentro de los argumentos de la juez para reconocer el derecho se encuentra que dentro del acta de conciliación celebrada en el año 1997 no se incluyó el valor del reajuste contemplado en el artículo 143 de la ley 100 de 1993. sin embargo, arguyó que en el libre convencimiento de la juez se le dio un valor probatorio absoluto al acta de conciliación y no a las actuaciones que desplegó la demandada producto de esa acta de conciliación, pues dentro de la misma se pueda evidenciar que ITAÚ CORPBANCA le reconoció al demandante no solamente un incremento por unos conceptos que no hacían parte de la mesada convencional, sino que además, reconoció un valor adicional de mesada pensional a partir de ese momento, lo que implica que está cumpliendo con la ley, toda vez que la empresa reconoció el valor de las mesadas de manera retroactiva en un 80%, eso fue lo que se transó y por eso fue que no prosperó la cosa juzgada, sin embargo, en cumplimiento de la ley, reconoció un reajuste de \$110.000, sobre el cual bastaba con hacer un estudio aritmético para evidenciar



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

que no solo se reconoció el incremento por la prima vacaciones, sino también lo señalado en el artículo 143 de la ley 100 de 1993, por lo que no se puede desconocer que hay un mayor valor cancelado y en todo caso tendría que reconocerse la excepción de compensación porque la entidad pagó un valor mayor frente a lo que se reconoció en la conciliación, siendo claro que existe un error en la valoración probatoria y en ese orden solicitó se revoque la sentencia y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

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.

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

¿Tiene derecho la señora TERESA TELLEZ DE PATIÑO al reajuste pensional contemplado en el artículo 143 de la ley 100 de 1993 y por ende, debe reliquidarse la pensión de jubilación convencional que le fue sustituida y reconocida por ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A.?

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que al señor GABRIEL PATIÑO ARIZA le fue reconocida una pensión de jubilación por parte del entonces BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO hoy ITAU CORPBANCA



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

COLOMBIA SA, a partir del 21 de junio de 1973 en cuantía inicial de \$3.720,83. Que en acta de conciliación suscrita entre el causante y el empleador el 03 de junio de 1997 ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín se indicó por parte del señor GABRIEL PATIÑO ARIZA que: *"Durante el último año de servicios, devengué una prima de vacaciones por valor de \$2.580, el Banco basado en lo estipulado en la convención colectiva de trabajo firmada con la Asociación Sindical, no le incluyó para liquidar la pensión de jubilación, el pago de prima de vacaciones que devengó el jubilado, por tal motivo para evitar iniciar un proceso judicial, he llegado a un acuerdo conciliatorio con la Empresa, consistente en que ésta, reconozca el 80% del valor de ajuste retroactivo hasta el 31 de Mayo que le corresponda al jubilado GABRIEL PATIÑO ARIZA por los últimos tres (3) años de pensiones y de mesadas adicionales haciendo la liquidación incluyendo los valores de prima de vacaciones: además, a partir de la mesada causada desde el 01 de junio de 1997, el Banco reajustará adicionalmente la pensión en la suma de \$110.980,56 mensuales, sin perjuicio de los incrementos de ley que se decreten para las pensiones".* Así mismo la SOCIEDAD BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO S.A acordó que: *"acepta pagarle al apoderado de la pensionada el 80% del valor del ajuste de pensiones y mesadas adicionales retroactivas de los últimos 3 años por mutuo consentimiento de las partes el cual asciende a \$2.752.795,38; el valor que se le incrementará adicionalmente a la mesada a partir del 01 de junio de 1997 será de \$110.980,56 mensuales sin perjuicio de los incrementos de ley".* De otro lado se encuentre acreditado que a la señora TERESA TELLEZ DE PATIÑO le fue reconocida la sustitución de la pensión de jubilación del señor PATIÑO ARIZA a partir del 01 de enero de 2001 y se le canceló la prestación hasta la fecha de su fallecimiento ocurrido el 20 de abril de 2018 según registro civil de defunción de folio 217

PREMISAS NORMATIVAS

Artículo 143 de la ley 100 de 1993 que indica:



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

Por su parte el artículo 30 del decreto 1919 de 1994, mediante el cual se reglamentó el decreto 1298 de 1994 "Por el cual se expide el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud" dispuso:

"Monto de la cotización. De conformidad con lo previsto en el artículo 145 del Decreto-ley 1298 de 1994, la cotización para salud que regirá para la cobertura familiar será, para 1995 del 11 % de la base de cotización, según lo dispuesto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Esta cotización se elevará al 12% a partir del primero de enero de 1996 (...)"

La Corte Constitucional mediante sentencia C-111 del 21 de marzo de 1996 con ponencia del Magistrado FABIO MORON DIAZ expuso:

"Para la Corte Constitucional es evidente que la razón de ser del artículo 143 de la ley 100 de 1993, encuentra pleno fundamento en que los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994, se hallan en una situación diferente a la de quienes se pensionan con posterioridad a esa fecha, ya que aquellas personas han tenido un distinto régimen de obligaciones, montos y demás derechos y beneficios, que comprende la cotización para salud regulada bajo un nuevo sistema llamado contributivo en el nuevo sistema general de salud; pero además de dicho fundamento de justicia y de racionalidad que aparece en el artículo 143 de la ley 100 de 1993, tiene en cuenta que dentro del nuevo marco legal, la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

cotización al mencionado régimen contributivo en salud se encuentra a cargo del pensionado, mientras que quienes se pensionen con posterioridad a dicha fecha habrán cotizado para el sistema contributivo de salud en otra manera y dentro de una modalidad bien diferente, en la que participa de modo definitivo el empleador...".

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación 18.563 del 14 de agosto de 2001, explicó la naturaleza del incremento en el monto de la cotización para salud señalado en el artículo 30 del decreto 1919 y, entre otras cosas, que el valor de la pensión incrementado por el referido aumento no va a engrosar el peculio del pensionado, sino que debe destinarse a la correspondiente entidad promotora de salud

En sentencia del 10 de febrero de 2010 radicada bajo el No. 37125 la misma Corporación fue enfática en establecer que el incremento establecido en el artículo 143 de la ley 100 de 1993 solo se realiza por una sola vez dado que su finalidad es contrarrestar el impacto que por el incremento de aportes en salud deben sufragar las personas cuyas pensiones se causaron con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En sentencia SL 2148 del 8 de febrero de 2017, la Corporación señaló:

"A la luz de las reglas transcritas los pensionados tienen derecho a un reajuste en su pensión igual al aumento del porcentaje de aporte a salud, con el propósito de que sus pensiones no sufran un deterioro económico por cuenta de los nuevos porcentajes con destino al sistema de salud ordenados por la Ley 100 de 1993.

En lo que sí advierte la Sala que el Tribunal erró fue al haber ordenado el reajuste «mensualmente», expresión que denota que dicho reajuste debe proyectarse mes a mes, indefinidamente, lo cual es desacertado, en la medida que este opera por una sola vez en virtud de su carácter compensatorio. En tal dirección, esta Corte ha sostenido que el reajuste por salud esté orientado a mantener el valor real de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

las pensiones mediante una compensación equivalente a la elevación del aporte a salud dispuesto en la Ley 100 de 1993, por lo que «no se trata de una revaloración en el ingreso real del pensionado» (CSJ SL431-2013).

Por último, no tiene trascendencia la naturaleza de las pensiones de jubilación reconocidas, pues a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todos los pensionados sin distinción están obligados a asumir en su integridad la cotización para el sistema de salud y, precisamente, era esta situación la que pretendía amortiguar el legislador a través del reajuste pensional que se discute en el proceso”.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, concluye la Sala que debe confirmarse la sentencia apelada toda vez que, contrario a lo señalado por el recurrente, en el acta de conciliación suscrita entre el pensionado GABRIEL PATIÑO ARIZA y la sociedad demanda, se advierte que el punto de controversia giraba en torno a la inclusión de la prima de navidad devengada en el último año de servicios por valor de \$2.580 en la liquidación de la pensión de jubilación reconocida al señor PATIÑO ARIZA, razón por la cual, para evitar el inicio de un proceso judicial entre las partes acordaron reajustar la pensión por el referido concepto junto con el pago del 80% del retroactivo pensional de los tres años anteriores a la suscripción del acta, así como el pago del reajuste a partir del 01 de junio de 1997 que se estimó en la suma de \$110.980,56 adicionales al valor de la pensión y, en ese orden, advierte esta Colegiatura que de la redacción del acuerdo conciliatorio resulta diáfano que el asunto objeto del mismo consistió en la inclusión de la prima de vacaciones para liquidar la pensión sin que se avizore o siquiera se intuya que los valores relacionados comprenden otros conceptos como el incremento a salud establecido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, resulta ajustada la apreciación de la juez de primera instancia al señalar que no es procedente efectuar cálculos aritméticos para establecer si la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

demandada dio aplicación a la norma citada, pues basta con remitirnos al contenido del acta de conciliación para apreciar de manera evidente que el objeto de dicho acuerdo conciliatorio se cionó única y exclusivamente a la reliquidación por inclusión del factor salarial de la prima de vacaciones, máxime cuando se observa a folios 19 y 180 el cálculo de la reliquidación pensional efectuado por la empresa en donde solo se tuvo en cuenta el valor de la prima de vacaciones devengada por el pensionado al año 1973 y los incrementos anuales que lo llevó a determinar que el reajuste pensional al año 1997 de dicho concepto correspondía a la suma de \$110.980,56, misma suma consignada en el acuerdo conciliatorio, sin que se observe en dicho cálculo la inclusión del incremento por salud para el año 1994, por lo que no tiene cabida alegar en esta instancia procesal que la entidad procedió a su pago conforme al acta de conciliación, cuando ni de su contenido ni del cálculo que en su momento se tuvo en cuenta para ello, se advierta tal afirmación.

Así las cosas y como quiera que la pensión de jubilación que nos ocupa fue reconocida con anterioridad al 1º de enero de 1994 y no se allegó prueba alguna que acreditara el reconocimiento del reajuste por salud a favor del pensionado, es procedente la aplicación del artículo 143 de la ley 100 de 1993, obligación que se pretendió cubrir con el reajuste efectuado por la inclusión de factores salariales, circunstancia que como se dijo es completamente ajena al objeto de la litis que se plantea en el presente proceso.

Son suficientes las anteriores razones para CONFIRMAR la sentencia apelada, COSTAS en esta instancia a cargo del demandante en la suma de \$300.000 como agencias en derecho.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,**



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 09 de noviembre de 2020 por el Juzgado Octavo 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 demandada en la suma de \$300.000 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada


MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
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 35 2019 00486 01
Demandante: NORMA BETTY YALTA VASCONES
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR
Magistrado Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., Treinta (30) de noviembre 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 1º de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

1. DEMANDA

La señora NORMA BETTY YALTA VASCONES formuló demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a efectos que se declare que la afiliación efectuada por la demandante a PORVENIR el 27 de enero de 1999 está afectada por un vicio del consentimiento por error y, como consecuencia, se anule el traslado al RAIS y se condene a PORVENIR a realizar la devolución de los saldos con los detalles y rendimientos de la demandante y a COLPENSIONES a recibirlos y a afiliar nuevamente a la demandante en el régimen de prima media.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante refirió en síntesis que nació el 31 de enero de 1958, es beneficiaria del régimen de transición porque tenía más de 35 años a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100, estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el 30 de agosto de 1991 hasta el 21 de febrero de 1999. El 27 de enero de 1999 un asesor de PORVENIR realizó el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual y diligenció para tal efecto el formulario de afiliación en el que no se aclara o informa que lo que se hacía era un cambio de régimen pensional. Para lograr la afiliación de la demandante el asesor utilizó argumentos como que el ISS se iba a acabar, no lograría pensionarse si continuaba afiliada a un fondo público, los fondos privados otorgaban mayor rentabilidad, podría pensionarse antes de la edad prevista en la ley, entre otros.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida y notificada la demanda, COLPENSIONES la contestó oponiéndose a las pretensiones, por cuanto la escogencia del Régimen de Ahorro Individual se dio en debida forma por lo que no puede COLPENSIONES resultar damnificada de la situación y hacerse acreedora de obligaciones que corresponden a PORVENIR, pues no obra prueba en el expediente de que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco se evidencia nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad de la demandante, por el contrario se observa que las documentales están sujetas a derecho y que el traslado se hizo en forma libre y voluntaria. Formuló como excepciones las que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PORVENIR se opuso a las súplicas de la demanda por cuanto la afiliación de la demandante al fondo privado fue producto de una decisión libre, voluntaria y sin presiones o engaños, tal como se aprecia de la solicitud de vinculación. Indicó 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 como en el de ahorro individual con solidaridad se encuentran definidas en la ley, sin que le esté dado a las partes pactar condiciones diferentes. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 1º de febrero de 2021 **ABSOLVIÓ** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora **NORMA BETTY YALTA VASCONES** y condenó en costas a la demandante.

Para arribar a dicha conclusión, señaló en primer lugar que si bien es cierto la demandante era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 por contar con más de 35 años de edad a la fecha de entrada en vigencia de la referida norma, también lo es que no lo mantuvo ante la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 por no tener más de 750 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005. En cuanto a la ineficacia del traslado de régimen pensional, indicó que se encontraba en cabeza de PORVENIR la carga de la prueba sin que acreditara la información suministrada a la demandante al momento del traslado, no obstante, indicó que la actora no demostró que el traslado de régimen efectuado en enero de 1999 le ocasionara un perjuicio como lo relaciona en la demanda al referir que en Porvenir recibirla una mesada inferior a la que le correspondería en el régimen de prima media, razón por la cual consideró que se rompió el esquema establecido por la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que no se puede aplicar por no haberse demostrado el referido perjuicio.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación e indicó que el 27 de enero de 1999 el asesor de PORVENIR no le explicó a la demandante que tenía unas prerrogativas que podía perder con el traslado como el régimen de transición, de la que era beneficiaria para ese momento. Señaló que tal como se indicó en la demanda, la demandante no recibió la información suficiente para que se efectuara válidamente el traslado y la demandada no probó lo contrario, por lo que la consecuencia es la ineficacia simplemente, pues si se probó el daño toda vez que se aportó una proyección que efectuó PORVENIR de una mesada pensional de un salario mínimo y actualmente cotiza sobre 4 salarios por lo que con las 1.420 semanas le correspondería el 75% del IBL en el régimen de prima media superior a la mesada pensional del RAIS.

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 dentro del 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

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 NORMA BETTY YALTA VASCONES el 27 de enero de 1999 y, por ende,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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.

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 3484 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.

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que la demandante estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el 30 de junio de 1991 hasta el 12 de febrero de 1999, conforme reporte de semanas de cotización de folios 31 y 31 del expediente digitalizado, si bien a folio 202 obra un formulario de afiliación a PORVENIR de fecha 25 de febrero de 2004, a folio 32 obra otro del 27 de enero de 1999 suscrito por la demandante, según el historial de cotizaciones, la demandante empezó a cotizar a PORVENIR desde el ciclo de febrero de 1999, por lo que se tendrá como fecha de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 27 de enero de 1999.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, a juicio de esta Sala los argumentos del juez de primera instancia para absolver a las demandadas de las pretensiones del libelo introductorio no encuentran fundamento jurídico y jurisprudencial, pues tal como lo ha señalado nuestro órgano de cierre en la línea jurisprudencial que se toma como premisa normativa, la ineficacia del traslado se configura ante la falta de información veraz y suficiente por parte de la administradora de pensiones, que le permita al afiliado adoptar una decisión bajo el conocimiento de los riesgos del traslado, sin que se condicione tal circunstancia a la demostración de un perjuicio, punto sobre el cual el juez de conocimiento fincó la decisión de negar las pretensiones de la demanda y no sobre el eje transcendental correspondiente a la falta del deber de información, supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca invirtiéndose bajo este supuesto la carga de la prueba, sin que ninguna de las referidas providencias exija para que proceda la ineficacia, que se demuestre el perjuicio ocasionado al afiliado.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

En ese orden, considera la Sala que 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 referida, 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, entre otras y tal vez la más importante para ese momento, la pérdida del régimen de transición, toda vez que, tal como lo indicó el apelante, más allá de que con posterioridad el Acto Legislativo 01 de 2005 condicionara el mantenimiento del referido beneficio a un número específico de semanas, para lo que interesa al proceso, lo cierto es que para el 27 de enero de 1999 la señora NORMA BETTY YALTA VASCONES era beneficiaria del régimen de transición y el asesor de PORVENIR omitió informarle que su traslado al RAIS traía como consecuencia su pérdida, si bien no puede declararse que es beneficiaria como lo solicita en las pretensiones de la demanda, si es un punto a tenerse en cuenta en lo que al deber de Información de la AFP se refiere.

Pues bien la única prueba con la cual la administradora demandada pretendió demostrar la debida información otorgada a la señora NORMA BETTY YALTA VASCONES 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 también 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 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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 SL12135-2014)..." (Sentencia SL 1688 – 2019).

Tal incumplimiento al deber de información y la falta de un consentimiento informado de la afiliada a la hora de producirse el traslado entre regímenes pensionales implica la ineficacia del mismo y **que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes es decir que PORVENIR deberá trasladar la totalidad de los dineros de la cuenta de ahorro pensional de la señora NORMA BETTY YALTA VASCONES que incluyan cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, asimismo los descuentos efectuados por gastos de administración y comisiones como los seguros previsionales de invalidez y**



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

sobrevivencia, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 6484 – 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 SL 1688-2019 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, 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).



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 adocntrnado 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 31889, 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 adocntrnado 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, se deben incluir dentro de la condena impuesta los descuentos de gastos de administración, así como las demás comisiones destinadas entre otras para las primas de seguros como consecuencia de la afiliación al RAIS, las 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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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.

Igualmente, debe advertirse que la decisión adoptada 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 f) 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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

«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 correspondientes a las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, comisiones y gastos de administración con todos sus frutos e intereses y demás rubros que posea la accionante hasta que se haga efectivo el mismo, 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 inoperencia 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.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, se REVOCARÁ la decisión de primera instancia y se DECLARARÁN NO PROBADAS las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación formuladas por COLPENSIONES y las de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación formuladas por PORVENIR. Las COSTAS de primera instancia se REVOCAN y quedan a cargo de PORVENIR S.A. Se CONDENA EN COSTAS a PORVENIR S.A. en la suma de \$300 000 como agencias en derecho. No se condena en costas a COLPENSIONES toda vez que no fue esa entidad la que dio lugar al inicio de este proceso ni la que incurrió en la falta al deber de información en la que se sustentó la sentencia.

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 1º de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la señora **NORMA BETTY YALTA VASCONES** el 27 de enero de 1999, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren



Tribunal Superior de Bogotá

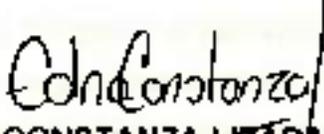
Sala de Decisión Transitoria Laboral

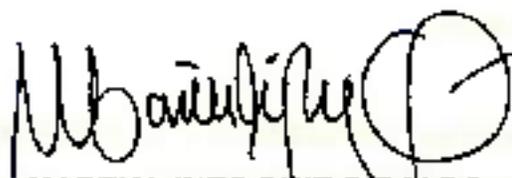
causado sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración, comisiones y seguros previsionales y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante y afiliarla nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

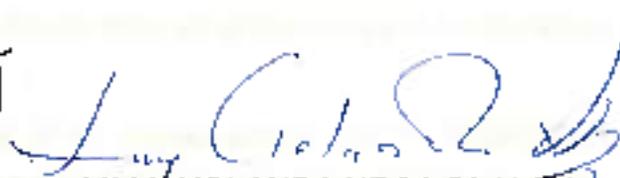
TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación formuladas por COLPENSIONES y las de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación formuladas por PORVENIR, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A. en la suma de \$300.000 como agencias en derecho. Las de primera instancia se **REVOCAN** y quedan a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


EDNA CONSTANZA LIZÁRAZO CHAVES
Magistrada


MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
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 20 2019 00645 01
Demandante: RUBEN DARIO ROMERO LOPEZ
Demandado: COLPENSIONES y PROTECCIÓN
Magistrado Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado SIMÓN ENRIQUE ANGARITA VILLAMIZAR identificado con C.C. No. 1.018.450.388 y T.P. No. 271.911 del C.S. de la Judicatura conforme a la sustitución del poder allegada mediante correo electrónico.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y a estudiar en grado jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El señor RUBEN DARIO ROMERO LOPEZ formuló demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

COLPENSIONES y de PROTECCIÓN S.A. para que previos los trámites legales se declare la nulidad del traslado que realizó el 14 de agosto de 1997 del régimen de prima media al de ahorro individual con solididad a través de PROTECCIÓN, administradora que omitió el deber de informarle con prudencia y pericia, de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada y suficiente, las implicaciones del cambio de régimen. Como consecuencia de lo anterior, se condene a PROTECCIÓN a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación del demandante como cotizaciones y bonos pensionales con todos sus rendimientos y a COLPENSIONES a recibir como afiliado al señor ROMERO LOPEZ y a recibir los valores obtenidos mientras el demandante estuvo afiliado al RAIS, así como a contabilizar las semanas cotizadas en ese régimen para efectos pensionales.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, el demandante adujo en síntesis que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 6 de octubre de 1975 y se trasladó al RAIS el 14 de agosto de 1997^a través del Fondo de Cesantías y Pensiones COLMENA AIG, administradora que no lo asesoró e informó de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada y suficiente respecto a las diferencias entre uno y otro régimen, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de este régimen y, en general, las implicaciones sobre sus derechos pensionales, consideraciones estas que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión. Actualmente el demandante está afiliado y cotizando a PROTECCIÓN S.A.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda, COLPENSIONES se opuso a las pretensiones toda vez que en el expediente no obra prueba alguna de que al demandante se le



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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), tampoco se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, por el contrario, se observa que el traslado fue conforme a derecho y de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Formuló como excepciones las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

Por su parte la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones por cuanto nos encontramos frente a un hecho existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, pues del formulario de vinculación que suscribió el demandante se observa 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 el demandante y PROTECCIÓN, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado. Dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaño. Desvirtuándose cualquier evento que pudiera desvirtuar el consentimiento, pues, se reitera, el mismo se hizo en forma libre y voluntaria a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca de la voluntad de trasladarse al Fondo de Pensiones y un acto válido y existente. Así las cosas, la parte actora no puede pretender la declaratoria de una nulidad y/o ineficacia, soportada en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez, ya que un acto jurídico es nulo por vicios del consentimiento y no por la favorabilidad económica del mismo. Agregó que en el hipotético caso que se le condene a trasladar los aportes del demandante a COLPENSIONES, no es posible trasladar



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

concepto diferente al dinero que se encuentra en la cuenta de ahorro individual del actor más sus rendimientos, pues PROTECCIÓN no es poseedor de buena o mala fe de dichos dineros y su único dueño es el demandante. Formuló como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: 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.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 24 de noviembre de 2020, DECLARÓ ineficaz el traslado efectuado por el demandante RUBÉN DARIO ROMERO LOPEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad el 14 de agosto de 1997 y declaró como aseguradora del demandante a COLPENSIONES, CONDENÓ a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de las cotizaciones a pensión del afiliado, junto con los rendimientos y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor. Para así decidir, señaló que conforme la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico al traslado de régimen pensional desinformado, es la ineficacia del mismo, por lo que el tema debe abordarse desde esta óptica y no desde las nulidades o la inexistencia del acto jurídico, conforme el artículo 271 de la ley 100 de 1993. Entonces habrá ineficacia del acto jurídico de afiliación, cuando la insuficiencias de la información genera lesiones injustificadas en el derecho pensional del trabajador, no será suficiente la simple suscripción del formulario de afiliación del trabajador, sino el cotejo con la información brindada que deberá corresponder a la realidad, siendo carga de las administradoras,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

aportar las pruebas de la información que brindaron al afiliado. Entonces correspondía a PROTECCIÓN SA. Demostrar que le brindó información suficiente, clara, comprensible y oportuna al afiliado sobre las características de los dos regímenes y las consecuencias de abandonar el de prima media, lo cual no se demostró en el proceso, pues no se tiene noticia de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se firmó el formulario de afiliación, más que el dicho del demandante en el interrogatorio de parte y en la demanda. Ante el escaso material probatorio aportado por la demandada para controvertir los hechos de la demanda, se entiende que faltó al deber de información y no le era posible hacer el traslado de régimen al demandante

5. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia COLPENSIONES la apeló por cuanto la carga de la prueba de demostrar que existieron vicios del consentimiento en el traslado, era del demandante conforme el artículo 167 del C.G.P. y resulta desproporcionado trasladar la carga de la prueba a las AFP y, particularmente, a COLPENSIONES que es la más afectada en lo que a la sostenibilidad del sistema pensional se refiere. máxime cuando el traslado de régimen pensional se efectuó en 1997, es decir hace más de 20 años, siendo imposible demostrar las circunstancias en que se efectuó el mismo, pues para esa fecha no era obligatorio dejar un registro documental de la asesoría. Es aplicable entonces aplicar el principio de que nadie está obligado a lo imposible y correspondía al actor demostrar que fue engañado por los asesores del Fondo para el momento de su traslado. Finalmente indicó que al condenar en costas se presenta un detrimento patrimonial al fondo por lo que solicita que se revoque la sentencia.

Como quiera que la decisión adoptada resultó adversa a las pretensiones de la demandada COLPENSIONES se envió el proceso también en consulta de la misma, 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 solamente 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 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 RUBEN DARIO ROMERO LOPEZ el 14 de agosto de 1997 y, 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?

PREMISAS NORMATIVAS

Sentencia 31889 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 el 14 de agosto de 1997 el señor RUBEN DARIO ROMERO LOPEZ se trasladó del régimen de prima media administrado por el otrora Instituto de Seguros Sociales al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG, para lo cual firmó un formulario de afiliación en la referida fecha.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 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., 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 al señor ROMERO LOPEZ 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 la administradora de pensiones incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa al 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 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia 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.*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

*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.

De otro lado, es dable precisar que 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:



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

"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, 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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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".

Así las cosas, se deben incluir dentro de la condena los descuentos de 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 al incumplimiento de las obligaciones de la AFP que debe asumir las consecuencias de tal conducta por lo que se modificará la decisión de primera instancia en el sentido de incluir en la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

condena a PROTECCIÓN devolver las comisiones por gastos de administración y seguros previsionales, obtenidos durante el tiempo que el demandante estuvo afiliada en dicha AFP.

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 f) 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»



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

(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 correspondientes a las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, comisiones y gastos de administración con todos sus frutos e intereses y demás rubros que posea el accionante hasta que se haga efectivo el traslado, en los términos indicados con anterioridad, por lo que además, se incluirán en la resolutive de la decisión las sumas que se hubieren recibido por concepto de los demás rubros que no fueron tenidos en cuenta.

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.

Finalmente, considera la sala que debe revocarse la condena en costas a COLPENSIONES, pues no fue ella la que dió lugar al inicio de este proceso, por



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

no haber intervenido en el acto jurídico de traslado del demandante del régimen de prima mediana al de ahorro individual, por lo que se modificará la condena en el sentido de imponerla sola a **PROTECCIÓN**.

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 tercero de la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

"ORDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, que incluyan cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado sin que le sea posible descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros previsionales"

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** solamente a **PROTECCIÓN** al valor de las costas



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

del proceso y ABSOLVER por este concepto a COLPENSIONES, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
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 38 2018 00554 01
Demandante: ELCI YOLIMA HERNANDEZ LOPEZ
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR
Magistrado Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

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 actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de noviembre de 2020

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora ELCI YOLIMA HERNANDEZ LOPEZ 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 del proceso ordinario laboral se



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual efectuado con la AFP PORVENIR por existir engaño y asalto en su buena fe, se ordene a COLPENSIONES recibir y afiliar nuevamente a la demandante en el régimen de prima media como si nunca se hubiera trasladado, en virtud del regreso automático y se condene a PORVENIR a pagar las sumas adeudadas actualizadas conforme certificación expedida por el DANE.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante adujo en síntesis que inició las cotizaciones a pensión a través del Instituto de Seguros Sociales por medio de la empleadora LOPEZ ORTEGON Y CIA, desde el 16 de enero de 1991 hasta el 31 de julio de 1994, siendo empleador la FUNDACIÓN NIÑOS DE LOS ANDES y cotizó un total de 170,43 semanas a este régimen. Que para mediados de 1994 los asesores comerciales de PORVENIR visitaron las instalaciones de la empresa LOPEZ ORTEGON Y CIA para que los trabajadores se trasladaran del régimen de prima media al de ahorro individual y motivaron el traslado de la demandante bajo un acoso sistemático, ofreciéndole beneficios superiores a los que podía obtener con el régimen de prima media al momento de pensionarse. Que le indicaron que podía obtener con PORVENIR una mesada pensional superior a la del ISS, así como pensionarse anticipadamente sin importar la edad y que el Estado acabaría con el ISS. Finalmente se trasladó a PORVENIR en donde cotizó un total de 1.194 semanas desde el 1º de noviembre de 1996 hasta febrero de 2018 que sumadas a las cotizadas al régimen de prima media, le permitieron acumular un total de 1.364 semanas de cotización.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez admitida y notificada la demanda COLPENSIONES la contestó oponiéndose a las pretensiones toda vez que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada. Formuló como excepciones las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

PORVENIR S.A. también contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones por cuanto la información suministrada por la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que la demandante tomó una decisión informada y consciente y en señal de ello suscribió el formulario de afiliación o traslado al RAIS, manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de la vinculación ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al régimen de ahorro individual con solidaridad. Formuló como excepciones 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 y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 25 de noviembre de 2020 absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, se relevó del estudio de las excepciones y condenó en costas a la demandante.

Como fundamento de la decisión señaló que fueron contradictorias las manifestaciones realizadas por la demandante en el interrogatorio de parte con cada uno de los fundamentos de hecho en que se sustentó la demanda, por lo que concluyó que el sustento fáctico de la demanda no encontró respaldo probatorio alguno en el proceso.

Indicó que, al margen de esa falencia, debe entenderse que según el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, está proscrita la selección inversa en virtud de la cual las administradora del RAIS seleccionan aquellos afiliados que les puedan resultar particularmente rentables en detrimento del derecho de selección libre de aquellos



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

que puedan no resultar tan rentables o que puedan generar una carga para las administradoras, lo que implica que esas entidades no pueden ni siquiera desincentivar las afiliaciones de personas que sean beneficiarias del régimen de transición. Entonces, diligenciado el formulario de afiliación por la demandante, era obligación de la administradora afiliarla a pesar que posteriormente la demandante se afilió a una nueva administradora como es Horizonte, motivada al parecer por alguna sugerencia de su empleador, por lo que concluyó que PORVENIR no incurrió en ninguna irregularidad en la afiliación de la demandante.

Se refirió a la previsión contenida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993 a la que le dio el alcance de que atentar contra el derecho del trabajador a seleccionar libremente los organismos del sistema de seguridad social a los cuales desea estar afiliado, haya generado precisamente un vicio del consentimiento de manera tal que implique que la decisión o la selección adoptada no haya sido libre y espontánea y es por ello que se opta por la solución de garantizarle que pueda escoger nuevamente en forma libre y espontánea el régimen al que quiera pertenecer.

En torno al análisis de los vicios del consentimiento, indicó que la demandante no fue constreñida a afiliarse al RAIS ni se le infligió algún tipo de amenaza por su empleador o por quien la acompañó en el proceso de afiliación. Que cuando se indicó en el libelo que la demandante fue engañada y asaltada en su buena fe, se adujo al dolo como vicio del consentimiento y para que procedan las súplicas en ese escenario, no basta que se acredite el perjuicio que haya sufrido la víctima, ni el nexo de causalidad, sino que debe surgir del acervo probatorio que el asesor haya desplegado maniobras fraudulentas, tendenciosas o maliciosas con el ánimo de causar el perjuicio y eso tampoco se demostró en este proceso.

En cuanto al error argumentó que analizado el entorno en el que se tomó la decisión de traslado, en 1994, se advierte la afiliada era digitadora en la Fundación Niños de los Andes con una asignación mensual de \$160.000 y luego pasó a ser tesorera con un salario incluso inferior y que, en todo caso, cualquiera de las dos sumas apenas alcanzaban a superar el salario mínimo de la época, por lo que, aún



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

en ausencia absoluta de acompañamiento en su afiliación no puede el Despacho concluir que la decisión de afiliación al RAIS fuera equivocada, pues en uno u otro régimen la prestación económica que obtendría 20 años después, de mantenerse las mismas condiciones laborales de la época, sería de un salario mínimo e incluso en el RAIS con menos semanas de cotización para obtener la garantía de pensión mínima.

Expuso que los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no resultan concordantes con la aplicación de las figuras jurídicas correspondientes, pues se alude a la falta de un consentimiento informado pero al tiempo se indica que no pueden analizarse los vicios del consentimiento, lo que implica un contrasentido y la falta de consentimiento informado no implica per sé un vicio del consentimiento en términos legales y no puede dar lugar de manera irrestricta a una ineficacia de la afiliación. Explicó que la omisión de información no genera una ineficacia de pleno derecho, sino que en los términos en que fue legislado el artículo 271 de la ley 100 implica que deba hacerse una valoración de los vicios del consentimiento, pues lo que significa es que pueda hacerse una elección libre y espontánea, una nueva selección del sistema libre de vicios del consentimiento.

Finalmente señaló que en el proceso se advierte que la demandante, previo a la afiliación al RAIS conocía de la existencia del ISS y, con posterioridad a su afiliación se enteró que el ISS no estaba en buenas condiciones a través de los medios de comunicación, lo que ratificaba lo que le habían dicho al momento de la afiliación y con posterioridad, en 1995, la demandante insistió en su afiliación al RAIS trasladándose a Horizonte y se mantuvo en él durante más de 20 años, pese a que tenía la posibilidad de retornar al ISS, alternativa que ni siquiera contempló por lo que su interés era permanecer en el RAIS.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte actora interpuso el recurso apelación con el siguiente argumento: *“por existir falta de*



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

ineficacia, información oportuna y todos los detalles para que la demandante se hubiera cambiado al régimen privado”.

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 COLPENSIONES aportó 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

PROBLEMA JURÍDICO

¿Son suficientes los argumentos expuestos por el apelante en el recurso de apelación para derruir la sentencia proferida en primera instancia y declarar ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora ELCI YOLIMA HERNANDEZ LOPEZ y, por ende, ordenarse el traslado de los dineros que posee en su cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES?

PREMISAS NORMATIVAS

Artículo 66º del CPT y SS. *PRINCIPIO DE CONSONANCIA. La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación.*



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

Sentencia SL 13682 del 27 de julio de 2016 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga

1º) *Sobre la insuficiente sustentación del recurso de apelación y el desconocimiento del principio de consonancia.* 1.1 - *Consideraciones previas:* En materia laboral el trámite para la sustentación del recurso de apelación sigue siendo el consagrado en el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, que impone a quien apela la carga de sustentar el recurso, respecto de todos aquellos aspectos que aspira de la sentencia impugnada le sean modificados, adicionados o revocados, debiendo señalar las resoluciones de la decisión con las que se encuentre inconforme, es decir que, tiene la obligación procesal de manifestar las razones de su discordia frente al fallo, pues, de lo contrario, se entiende que la parte se encuentra conforme con los puntos definidos por el a quo, careciendo de competencia el superior para examinarlos.

Sin embargo, es del caso recordar que este requisito de la debida sustentación del recurso de apelación, no comporta para quien recurre en la alzada la consagración de la exigencia de emplear fórmulas sacramentales, formalidades determinadas o una sustentación especial. Lo que significa, que si bien resulta conveniente identificar y plantear en el escrito de apelación de la mejor forma posible la discrepancia con relación a cada derecho objeto de discordia, mientras lo esbozado se acomode a la naturaleza de este recurso y a la esencia de lo controvertido, no pueda el fallador de segundo grado, abstenerse de estudiar la totalidad de la apelación aduciendo una supuesta ausencia de fundamentación o inadmisibilidad del recurso, pues en las condiciones antedichas se cumpliría cabalmente con el requisito de la sustentación. Eso sí, el Juez Colegiado en su estudio debe ceñirse estrictamente a los temas que proponga el recurrente en el escrito de apelación, para dar igualmente acatamiento al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del C.P.T. y S.S., adicionado al estatuto procesal laboral por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que preceptúa «La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación», motivo por el cual le está vedado a dicho Juzgador pronunciarse sobre puntos ajenos o extraños a lo



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitorio Laboral

planteado por el impugnante, ya que ello comportaría un claro desconocimiento al debido proceso de la contraparte y una directa vulneración de las referidas disposiciones. También ha indicado la jurisprudencia de la Sala, que la aplicación del principio de consonancia que es de orden procesal, no impide que el Juez de segunda instancia pueda apartarse de la calificación jurídica que sobre determinada realidad fáctica expone el apelante, como quiera que aunque debe someterse en estricto rigor a las temáticas objeto de inconformidad y que están sustentadas, no necesariamente ha de acoger en su pronunciamiento el análisis jurídico del impugnante, por cuanto el fallador mantiene su libertad y autonomía para establecer, interpretar y adecuar la norma aplicable al caso concreto, siempre y cuando no modifique los elementos constitutivos de los extremos de la contienda judicial.

PREMISA FÁCTICA

El apoderado de la parte actora interpuso el recurso apelación contra la sentencia de primera instancia con el siguiente argumento: *"por existir falta de eficacia, información oportuna y todos los detalles para que la demandante se hubiera cambiado al régimen privado"*.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fáctica y normativas, advierte la Sala que no son suficientes los argumentos expuestos por el apelante en el recurso de apelación para derruir la sentencia proferida en primera instancia, toda vez que en la sustentación de su recurso omitió referirse a cada uno de los aspectos que tuvo en cuenta el juez de primera instancia para negar las pretensiones de la demanda

Si bien es cierto, acorde con la sentencia del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que se toma como premisa normativa, no se puede exigir al apelante el uso de fórmulas sacramentales, formalidades determinadas o una sustentación especial, si era menester que se refiriera aunque hubiese sido en forma somera, a cada uno de los aspectos en que sustentó su decisión el a quo.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

máxime si se tiene en cuenta que fueron múltiples los razonamientos y cada uno de los fundamentos jurídicos que consideró para decidir como lo hizo. De manera pues que con la expresión de que apela la decisión *por existir falta de eficacia*, que dicho sea de paso, no se entiende a que se refiere, pues lo que indicó el a quo es que no podía declararse la ineficacia, *información oportuna y todos los detalles para que la demandante se hubiera cambiado al régimen privado*, en manera alguna puede entenderse que cumplió con el deber consagrado en el artículo 57 de la ley 2ª de 1984 de sustentar el recurso *respecto de todos aquellos aspectos que aspire de la sentencia impugnada le sean modificados, adicionados o revocados, debiendo señalar las resoluciones de la decisión con las que se encuentre inconforme, es decir que, tiene la obligación procesal de manifestar las razones de su discordia frente al fallo, pues, de lo contrario, se entiende que la parte se encuentra conforme con los puntos definidos por el a quo, careciendo de competencia el superior para examinarlos*, pues con una sustentación vaga, imprecisa y escueta como la que efectuó, no puede la Sala analizar cada aspecto señalado por el a quo, sin vulnerar el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del CPT y SS y el debido proceso de las partes que salvaguarda la consagración legal del referido principio. toda vez que aunque la decisión hubiese sido una sola – absolver a las demandadas – los argumentos que la sustentaron fueron múltiples y tenía el apelante la obligación por lo menos de expresar las razones por las que no estaba de acuerdo con ellos, aunque hubiese sido de manera general, máxime si se tiene en cuenta que no hizo uso del derecho a formular alegatos de conclusión para por lo menos ampliar esa pobre argumentación.

Como quiera entonces que es imposible analizar cada aspecto jurídico de la sentencia impugnada, ante la insuficiencia de la sustentación del recurso de apelación, debe confirmarse la sentencia impugnada.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante en la suma de \$300.000 como agencias en derecho.



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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante en la suma de \$300.000 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada



MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

SALVA VOTO

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA LILLY YOLANDA VEGA BLANCO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE EL CI YOLIMA HERNÁNDEZ LÓPEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.

Con el respeto que me merecen los demás integrantes de la Sala, me aparto de la decisión mayoritaria, por cuanto considero que se debió revocar el fallo apelado, pues, el recurso de apelación de la parte actora está debidamente sustentado, en tanto, aduce no se le dio la información oportuna y detallada para que ella se trasladara al RAIS, siendo un argumento suficiente para revisar la decisión de primer grado respecto a la ineficacia del traslado.

Adicionalmente, los medios de convicción aportados, valorados en conjunto, no permiten colegir que PORVENIR S.A. haya suministrado información clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado al RAIS, situación que configuró omisión de su deber de información.



Ahora, recaía en PORVENIR S.A. la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer a la afiliada información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación de vejez dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales que, sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, ella optó por el cambio de régimen.

Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha



efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de esta clase no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los reglmenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible¹

De lo expuesto se sigue, que procedía el estudio de fondo y, la declaratoria de ineficacia de la afiliación pretendida por Hernández López, debiéndose revocar la sentencia apelada.

En los anteriores términos dejo a salvo mi voto.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

¹ CS., sentencias ST- 8733 de 14 de octubre de 2020, ST- 8592 y ST- 9117 de 21 de octubre 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 05 2018 00632 01
Demandante: CRISTINA GOMEZ RODRIGUEZ
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN y COLFONDOS

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C , treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y a desatar el grado jurisdiccional de Consulta en el que fue enviada la sentencia proferida el 28 de octubre de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

1. DEMANDA

La señora CRISTINA GOMEZ RODRIGUEZ formuló demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a efectos que se declare la nulidad de la afiliación y del traslado efectuados a PROTECCIÓN S.A. y posteriormente a COLFONDOS y, como consecuencia de lo anterior, se condene a esta última a trasladar los aportes que



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

posee en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES que deberá activar la afiliación de la demandante al régimen de prima media.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante refirió que nació el 3 de agosto de 1982, estuvo afiliada al ISS desde el 4 de abril de 1983 y se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN el 1º de septiembre de 1995, sin que esa administradora le diera la información adecuada y completa para proceder al cambio de régimen; posteriormente se trasladó a COLFONDOS que tampoco le suministró esa información.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda COLPENSIONES se opuso a las pretensiones por cuanto la afiliación cuenta con validez, en cuanto obra como soporte de la misma, las cotizaciones efectuadas por la demandante a la administradora del RAIS de manera libre, espontánea y voluntaria, además no obra soporte alguno en el expediente que demuestre lo contrario, ni el vicio del consentimiento alegado por la actora. Formuló como excepciones las que denominó validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación.

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. también se opuso a las pretensiones de la demanda toda vez que el acto de afiliación de la demandante es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, indicó que la suscripción del formulario de afiliación se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose así su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

demandante y PROTECCIÓN, en virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto de la administradora como de la afiliada. Indicó que la actora tuvo suficiente ilustración para optar por el traslado de régimen, desvirtuándose así cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. Agregó que la demandante no puede pretender la declaratoria de nulidad o de ineficacia soportando dicha pretensión en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez, ya que un acto es nulo por vicios del consentimiento no por la favorabilidad económica del acto jurídico. Formuló como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, 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 y traslado de aportes.

Finalmente, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones de la demanda por cuanto si brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, en la que se le indicaron las características, el funcionamiento, las diferencias con el régimen de prima media y, en general, las ventajas y desventajas del RAIS. Como se desprende del formulario de afiliación firmado por la demandante, la misma se realizó de manera informada, libre, espontánea y sin coacción alguna. Indicó que no se puede pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la demandante, pues válidamente eligió a COLFONDOS porque satisfacía sus expectativas pensionales y no se le vulneró derecho pensional alguno, pues puede acceder a él una vez cumpla con los requisitos legales. Formuló como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia del vicios del consentimiento y nadie puede ir en contra de sus propios actos.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 28 de octubre de 2020, DECLARÓ LA NULIDAD del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora CRISTINA GOMEZ RODRIGUEZ a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., ordenó a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS trasladar a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral. Para así decidir señaló que la afiliación de la demandante a PROTECCIÓN S.A. fue consecuencia de la liquidación de la Caja de Previsión del Distrito por lo que la declaratoria de nulidad implica que deba retornar al régimen de prima media que actualmente administra COLPENSIONES. Pese a que se acogió a la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señaló que la tesis de la ineficacia tiene serios problemas dogmáticos a la hora de valorar los casos de los pensionados, por lo que optó por la declaratoria de nulidad del traslado. Señaló que le correspondía a las AFP demostrar qué información le dieron a la afiliada al momento de la firma del formulario de afiliación y durante su permanencia en el RAIS, que no hay prueba en el proceso que PROTECCIÓN haya brindado esa información a la demandante al momento de trasladarse del régimen de prima media y que COLFONDOS se allanó a las pretensiones de la demanda y aceptó que no cumplió con ese deber de información, ni tampoco indicó a la actora que podía retornar al régimen de prima media antes de cumplir los 47 años de edad. Explicó que el hecho que la afiliada no sea beneficiaria del régimen de transición no es óbice para declarar la nulidad del traslado porque todos los afiliados son destinatarios del mismo deber de información. Finalizó con la conclusión que lo que se advierte es un error de hecho y no de derecho y que el perjuicio para la demandante es evidente contrastando la pensión que recibiría en el RAIS con la que recibiría en prima media.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

5. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia COLPENSIONES interpuso recurso de apelación bajo el argumento que dentro del proceso no se evidenció ningún vicio del consentimiento del cual se indique que la demandante se trasladó por error, fuerza o dolo, ya que suscribió el formulario de afiliación y ratificó su decisión de permanecer en el RAIS trasladándose a COLFONDOS. Que no se le puede endilgar responsabilidad alguna a COLPENSIONES y obligarla a recibir a la demandante en prima media, porque el negocio jurídico fue celebrado con Colmena hoy Protección y Colfondos y las consecuencias jurídicas no operan en contra de COLPENSIONES, tal como lo establece el artículo 1602 del Código Civil. Indicó que no existe error de hecho sino de derecho, pues la demandante conocía que los dos regímenes pensionales están regidos por la ley 100 de 1993 y, por lo tanto, la ignorancia de la ley no sirve de excusa. No se vislumbró tampoco la falta de información que adujo la demandante ni el vicio del consentimiento que debía demostrarlos la demandante según el artículo 167 del C.G.P., pues no se le vulneró ninguna expectativa legítima que es el único caso en el que la carga de la prueba es de las administradoras privadas, pues no era beneficiaria del régimen de transición ni estaba próxima a pensionarse. Finalmente señaló que si bien se están recibiendo aportes o las cotizaciones y los frutos de la cuenta de ahorro individual, a futuro no es rentable para COLPENSIONES pagar una prestación y se iría en contravía de la estabilidad financiera, se descapitalizaría el régimen de prima media, dejando en desventaja a las personas que han permanecido y han aportado al mismo.

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 demandante, PROTECCIÓN 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

PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse NULO Y/O INEFICAZ el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora CRISTINA GOMEZ RODRIGUEZ 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.

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.

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que la señora CRISTINA GOMEZ RODRIGUEZ estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales entre el 4 de abril de 1983 y el 1º de marzo de 1987. Entre el 3 de noviembre de 1987 y el 21 de agosto de 1995 trabajó con la Contraloría de Bogotá y estuvo afiliada a la Caja de Previsión del Distrito. Se afilió a Cesantías y Pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN el 22 de agosto de 1995. El 20 de noviembre de 1997 se afilió a COLFONDOS S.A., administradora a la que se encuentra afiliada actualmente.

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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, contrario a lo expuesto por la apelante y como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., 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 CRISTINA GOMEZ RODRIGUEZ al momento del traslado, 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 COLFONDOS S.A. 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 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.

Sentado lo anterior y atendiendo a lo expuesto en la sustentación del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, se debe precisar en primer lugar, que en el presente asunto no se discuten los vicios del consentimiento y, por el contrario, el problema jurídico debe abordarse desde la ineficacia que es la consecuencia de la afiliación desinformada como lo ha señalado nuestro órgano de cierre, por lo que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación del error, fuerza o dolo, cuando la jurisprudencia que se toma como premisa



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

normativa, consagró que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada

Se concluye entonces que PROTECCIÓN y COLFONDOS 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 y permanecer en él, 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, 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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 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 lo que se traduce en que no produce efecto alguno y debe la demandante retornar al régimen de prima media, por lo que es acertada la decisión del a quo, no obstante, debe modificarse la sentencia en cuanto la misma declaró la nulidad del traslado y no la ineficacia que es el fundamento de la decisión adoptada, en consonancia con lo decantado por el órgano de cierre de la jurisdicción en la línea jurisprudencial señalada en las premisas normativas.

De otro lado, es dable precisar que 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 como los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, por cada una de las administradoras de pensiones en las que



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

estuvo afiliada la demandante, 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 SL 1688-2019 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 falta 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).



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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".

Así las cosas, se deben incluir dentro de la condena impuesta los descuentos de gastos de administración, así como las demás comisiones destinadas entre otras para las primas de seguros como consecuencia de la afiliación al RAIS, las 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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

estado inicial, de manera pues que no exista 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's, que deben asumir las consecuencias de tal conducta.

En consecuencia, se habrá de modificar la decisión en aras de incluir el concepto de gastos de administración y comisiones por seguros previsionales los cuales deben ser devueltos igualmente a COLPENSIONES.

En punto al recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, advierte la Sala que la decisión adoptada en primera instancia no afecta el principio de la sostenibilidad financiera respecto de la 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 f) 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 de la demandante tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado al régimen de ahorro individual correspondientes a las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, comisiones y gastos de administración con todos sus frutos e intereses y demás rubros que posea la accionante hasta que se haga efectivo el mismo, en los términos indicados con anterioridad, por lo que además, se incluirán en la resolutive de la decisión las sumas que se hubieren recibido por concepto de bonos pensionales y demás rubros que no fueron tenidos en cuenta.

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 CRISTINA GOMEZ RODRIGUEZ, significa que las cosas vuelven al estado en que se hallarían si el traslado no se hubiere efectuado y como quiera que la pretensión de la demanda se formuló en torno a retomar 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, ante la imposibilidad de retornar a la Caja de Previsión Distrital en la que se encontraba al momento del traslado ante su liquidación.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, se MODIFICARÁN los numerales primero y segundo de la sentencia impugnada y objeto de consulta y se ADICIONARÁ el numeral sexto a fin de incluir la condena correspondiente a gastos de administración y comisiones a cargo de PROTECCIÓN S.A. 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;



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de octubre de 2020, en el sentido de DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora CRISTINA GOMEZ RODRIGUEZ a través de COLMENA AFP hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia estudiada, el cual quedará así:

"SEGUNDO. CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración, comisiones y seguros previsionales y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a afiliarla y a actualizar su historia laboral"

TERCERO: ADICIONAR como numeral SEXTO de la sentencia de primera instancia el del siguiente tenor:

"SEXTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los gastos de administración, comisiones y seguros previsionales descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante mientras estuvo afiliada a dicha administradora, con cargo a sus propios recursos".



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


MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

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