



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-009-2019-00129-01 (O2-22-135)
Accionante: OSCAR ENRIQUE BOTERO JARAMILLO
Accionada: AFP PROTECCIÓN S.A., UGPP, FIDUPREVISORA SA y FIDUAGRARIA S.A.
Procedencia: JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No. 0003
Asunto: DEVOLUCIÓN DE SALDOS - RAIS

En Medellín, a los treinta y uno (31) días del mes de enero del año dos mil veintitrés (2023), la **Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín**, integrada por los magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES, SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE y VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, quien actúa como Magistrado Sustanciador, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL conocido bajo el radicado único nacional 05001-31-05-009-2019-00129-01 (O2-22-135), instaurado por ÓSCAR ENRIQUE BOTERO JARAMILLO en contra de la AFP PROTECCIÓN S.A., UGPP, FIDUPREVISORA SA y FIDUAGRARIA S.A., con el fin de resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta concedido en favor del demandante, respecto de la sentencia que selló la primera instancia, proferida el 26 de abril de 2022 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín.

De conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, “[p]or medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones”, se adopta la decisión correspondiente mediante la presente providencia escrita, cuya ponencia fue previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

1. ANTECEDENTES

El señor ÓSCAR ENRIQUE BOTERO JARAMILLO, actuando a través de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la AFP PROTECCIÓN S.A., en procura de obtener el reconocimiento y pago de la devolución de saldos consignados en su cuenta de ahorro individual por concepto de los aportes al SGSSP que efectuó como trabajador independiente para el periodo comprendido entre el mes de mayo de 1995 y el mes de abril de 1996, junto con los respectivos rendimientos financieros que se hubieren causado y la indexación.

En respaldo de sus aspiraciones narró que nació el 05 de septiembre de 1948, cumpliendo la edad de 62 años ese mismo día y mes del año 2010. Afirma que prestó sus servicios personales a favor de la extinta TELECOM a partir del 12 de febrero de 1971 y hasta el 30 de marzo de 1995, data esta última a partir de la cual se retiró del servicio. Indica que la ya liquidada Caja de Previsión Social de Comunicaciones, en lo sucesivo, CAPRECOM E.I.C.E., le reconoció la pensión de jubilación a partir del 05 de septiembre de 2003, de acuerdo con los lineamientos de la Ley 33 de 1985 y con ocasión al tiempo laborado al servicio de TELECOM.

Seguidamente anota que una vez desvinculado del servicio público, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad representado por la AFP PROTECCIÓN S.A., efectuando los aportes correspondientes entre el mes de mayo de 1995 y el mes de abril de 1996. Agrega que encontrándose *ad portas* de cumplir la edad de 62 años, el fondo convocado le puso en conocimiento que los recursos que reposaban en su cuenta de ahorro individual -CAI- fueron trasladados a CAPRECOM E.I.C.E., con el fin de financiar la prestación pensional reconocida por la caja previsión social antes mencionada.

Por lo anterior y luego de acudir de manera directa a la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad, se presentó a la jurisdicción en aras de obtener el derecho a la devolución de saldos que aquí se discute, considerando que la razón está de su lado por cuanto las cotizaciones al SGSSP que fueron efectuadas a órdenes de la AFP PROTECCIÓN S.A., tuvieron su origen en una relación laboral en el sector privado, la que al resultar posterior a su desvinculación del empleo público en TELECOM, no debe destinarse a la financiación de la pensión de jubilación que actualmente percibe.

1.1. Trámite de primera instancia

La demanda se admitió el 05 de abril de 2019 (pág.92, doc.02, carp.01), y se notificó a la demandada AFP PROTECCIÓN S.A., el 27 de junio de ese mismo año (pág.94, doc.02, carp.01), quien se opuso de manera categórica a la prosperidad de las pretensiones. Frente a

la narración de los hechos de la demanda, aceptó como ciertos aquellos que hacen referencia a la fecha de nacimiento del promotor, el estatus de pensionado que detenta y el traslado de las cotizaciones que reposaban en su CAI a CAPRECOM E.I.C.E; manifestando no ser ciertos o no constarle los demás. En su defensa propuso con el carácter de previa la excepción de falta de integración del Litis consorcio necesario por pasiva y como de fondo las que rotuló como falta de legitimación en la causa por pasiva, desvinculación a Protección, pago, prescripción, buena fe y la innominada (págs. 103 a 144, doc.02, carp.01).

Ahora, el juzgador de primer grado de forma ulterior en providencias adiadas el 1° de agosto de 2019 (págs.145 a 146, doc.02, carp.01), 22 de enero de 2020 (págs.258 a 259, doc.02, carp.01), y 14 de octubre de 2021 (doc.07, carp.01), dispuso la integración a la controversia de la FIDUAGRARIA SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de CAPRECOM - PAR CAPRECOM, la FIDUPREVISORA S.A. y la UGPP; entidades que estando notificadas de forma personal de la demanda, de manera oportuna dieron contestación al escrito incoativo presentando oposición unánime a las peticiones.

De esa manera, las convocadas FIDUAGRARIA SA y FIDUPREVISORA afirmaron de manera coincidente no constarle los hechos materiales consignados en la demanda, invocando la primera de estas sociedades la excepción dilatoria de no comprender la demanda a todos los Litis consortes necesarios y como de mérito la que nominó como falta de legitimación en la causa por pasiva. A su turno, la FIDUPREVISORA propuso las excepciones de mérito denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva, indebida integración del litisconsorcio, prescripción y compensación (págs.153 a 257, doc.02, carp.01 y doc.05, carp.01).

Por su parte, la UGPP aceptó la veracidad de las afirmaciones ofrecidas por el accionante en los acápites pertinentes del escrito inaugural y que se circunscriben a la edad del demandante, el tiempo de servicios prestado a TELECOM y el reconocimiento pensional efectuado, señalando no constarle los demás. Para soportar los argumentos de la oposición solicitó se declararan probados los hechos en que fundó las excepciones perentorias de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de causa para pedir, pago y compensación, prescripción, buena fe e imposibilidad de condena en costas (doc.09, carp.01).

1.2. Decisión de Primera Instancia

La controversia planteada se dirimió en primera instancia el 26 de abril de 2022 (docs.16 y 17, carp.01), mediante sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín,

en la que resolvió absolver a la convocada AFP PROTECCIÓN S.A. de todas las pretensiones invocadas en su contra, declarando así probada oficiosamente la excepción de inexistencia de la obligación, y la de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de las demás integradas, no sin antes, gravar en costas a la parte demandante.

Para sustentar su decisión, el cognoscente de primer grado luego de exponer el estatus de pensionado del accionante ÓSCAR ENRIQUE BOTERO JARAMILLO, resaltó que dicha prestación fue concedida con carácter compartible con el Fondo de Reserva Pensional de Caprecom, a lo que se aúna las resultas del comité de multivinculación con CAPRECOM E.I.C.E, que dispuso la validez de la afiliación al RPMPD y con ello la transferencia a la caja de previsión social llamada a reconocer el derecho pensional, de los aportes que como independiente pagó el demandante ante la AFP PROTECCIÓN S.A., resolviendo así la incompatibilidad entre la pensión que percibe el promotor y la devolución de saldos reclamada, para con ello desestimar las aspiraciones promovidas ante la jurisdicción (minuto 19:54 a 38:01, doc.16, carp.01).

1.3. Grado Jurisdiccional de Consulta

Teniendo en cuenta que la decisión adoptada fue totalmente adversa a los intereses del afiliado OSCAR ENRIQUE BOTERO JARAMILLO, la sentencia será examinada en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de conformidad con lo indicado en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

1.4. Trámite de Segunda Instancia

El grado jurisdiccional de consulta se admitió el 02 de mayo de 2022 (doc.02, carp.02), y mediante proveído del día 09 de del mismo mes y año (doc.03, carp.02) se corrió traslado a las partes para que, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 el Decreto Legislativo 806 de 2020 –vigente para la época-, presentaran los alegatos de conclusión por escrito, de considerarlo del caso.

La vocera judicial de la UGPP (doc.04, carp.02), presentó las alegaciones pertinentes solicitando se confirme la decisión proferida por el *a quo*, para determinar que su representada se mantenga indemne de las consecuencias negativas que surjan del derecho reclamado por el señor ÓSCAR ENRIQUE BOTERO JARAMILLO a la AFP PROTECCIÓN S.A. (doc.04, carp.01).

En ese propósito, destaca que la calidad de pensionado se torna incompatible con la devolución de saldos que requiere del régimen de ahorro individual con solidaridad, al presentarse una situación de compartibilidad en el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra adscrito el actor, acudiendo así al texto del acto administrativo de reconocimiento pensional proferido por CAPRECOM E.I.C.E., concluyendo así que las cotizaciones al SGSSP sufragadas por ÓSCAR ENRIQUE BOTERO JARAMILLO hacen parte del sistema de seguridad social, sin que se deba *“restituir lo cotizado de manera libre y voluntaria pese haber finiquitado el vínculo laboral con Telecom a partir del 30 de marzo de 1995”*. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a estudiar en su integridad el fallo de instancia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de ÓSCAR ENRIQUE BOTERO JARAMILLO.

2.1. Problema jurídico

El *thema decidendi* en el asunto puesto a consideración de la Sala se contrae a determinar si al señor ÓSCAR ENRIQUE BOTERO JARAMILLO le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la devolución de saldos o bien de las cotizaciones sufragadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., efecto para el que se habrá de establecer las situaciones jurídicas relevantes que preceden al estatus de pensionado del promotor en el RPMPD y si ello tiene incidencia en el derecho que se reclama.

2.2. Sentido del Fallo

La Sala confirmará la decisión de primer grado, considerando que el actor permaneció afiliado válidamente al régimen de prima media con prestación definida administrado en ese entonces por CAPRECOM E.I.C.E., y en tal virtud le fue reconocida la pensión de jubilación conforme a los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985 a partir del 05 de septiembre de 2003, lo que determina la inviabilidad jurídica de reclamar las cotizaciones efectuadas entre mayo de 1995 y abril de 1996 al régimen de ahorro individual con solidaridad.

2.3. Solución del Problema Jurídico Planteado

La carga de la prueba es un principio de derecho procesal, encaminado a establecer a cuál de los sujetos del proceso le concierne la aportación de las pruebas, y cuáles son las

consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento de dicha carga; en su criterio clásico la carga de probar se ha fijado en cabeza de quien afirma los hechos que fundamentan la procedencia del reconocimiento de los derechos debatidos, correspondiéndole al mismo, probar sus aserciones para que el juzgador establezca si es procedente el reconocimiento de los derechos que reclama, debiéndose desestimar sus pretensiones en caso de que los hechos no aparezcan probados en el proceso.

El concepto prístino de la carga probatoria se compendia en el aforismo romano *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, según el cual, quien afirma un hecho debe probarlo, y quien lo niega, está libre de la carga de probar, regla procesal que guarda concordancia con las previsiones contenidas en el artículo 167 del CGP, aplicable por remisión analógica a los juicios del trabajo y de la seguridad social, en los términos previstos en el artículo 145 del CPTSS, y por cuya virtud, le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Previo a dirimir la controversia planteada, se advierte que no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos: que el señor ÓSCAR ENRIQUE BOTERO JARAMILLO nació el 05 de septiembre de 1948, por lo que alcanzó la edad de 62 años el mismo día y mes del año 2010 (pág.7, doc.02, carp.01 y págs.75, 107, 118 y 129, doc.02, carp.01); que laboró al servicio de la extinta TELECOM por un lapso de 24 años, 01 mes y 18 días (págs.15 a 20, 25 a 30, 48 a 58, 103 a 106 y 108 a 114, doc.09, carp.01), y que CAPRECOM E.I.C.E. reconoció la pensión de jubilación al actor a partir del 05 de septiembre de 2003, de acuerdo con lo normado por la Ley 33 de 1985 y teniendo en cuenta el tiempo de servicio prestado a favor de TELECOM (págs.38 a 47, doc.02, carp.01 y págs.83 a 86, 95 a 98, 124 a 128 y 132 a 135, doc.09, carp.01).

Adicionalmente se encuentra probado que el 07 de abril de 1995, el promotor suscribió formulario de traslado al RAIS representado por la AFP PROTECCIÓN S.A., y que pagó cotizaciones al SGSSP a órdenes de esta administradora entre mayo de 1995 y abril de 1996 (págs.8, 35 a 37, 137, 139 y 141 a 143, doc.02, carp.01).

Lo primero que ha de resaltar la Sala para resolver el escollo que plantea el asunto litigioso es la creación, partir de la promulgación la Ley 100 de 1993, del Sistema de Seguridad Social Integral, incorporando para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, la coexistencia de dos regímenes pensionales denominados en su orden, régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- y régimen de ahorro individual con solidaridad –RAIS- (artículo 12, Ley 100 de 1993), los cuales tienen características diametralmente distintas y de naturaleza excluyente.

Así, las prestaciones económicas a las que tendrá acceso el afiliado corresponderá a las condiciones preestablecidas en el régimen que se haya seleccionado.

Partiendo de su regulación legal, los regímenes pensionales arriba descritos, a pesar de contar en la actualidad con presupuestos comunes, como lo son los requisitos para acceder a las pensiones por los riesgos de invalidez y muerte, no ocurre lo mismo para el reconocimiento de las prestaciones económicas derivadas del riesgo de vejez, escenario donde se determinan exigencias y mecanismos de financiación disimiles. De esta manera, recuerda la Sala que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para el RPMPD, condiciona el reconocimiento de la pensión al cumplimiento de las exigencias de edad y densidad mínima de semanas cotizadas, al tiempo que para el RAIS, en los términos del artículo 64 de la misma normatividad, se precisa que el afiliado debe acreditar en su CAI un capital acumulado que le permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.

En este mismo derrotero, a la entrada en vigencia del SGSSI, las personas que venían afiliadas al entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, ora a una caja de previsión social, debían seleccionar uno cualquiera de los dos regímenes en comento, aceptando los postulados contemplados en cada uno de éstos y que direccionan la causación y disfrute del derecho pensional. Es de resaltar que, para el caso de los servidores públicos, a voces del numeral 1° del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, aquellos, sin lugar a interpretación distinta, se ubican en la categoría de afiliados obligatorios al sistema. De ahí que, en caso que decidieran permanecer en el RPMPD, estos podrían continuar afiliados a la caja, o fondo al que se hallaren vinculados, autorizando a la respectiva entidad de previsión social y hasta tanto subsistiera, para administrar transitoriamente el RPMPD, con la prohibición, eso sí, de recibir más afiliados (artículos 51 y 128, Ley 100 de 1993).

Con base en lo hasta aquí expuesto, en el *sub iudice* memora la Sala que la prueba documental allegada al proceso informa que el demandante ÓSCAR ENRIQUE BOTERO JARAMILLO prestó sus servicios a TELECOM a partir del 12 de febrero de 1971 y hasta el 30 de marzo de 1995, desempeñando el cargo de contador. Del mismo modo, se evidencia que durante ese lapso de tiempo, las cotizaciones o bien los aportes para los riesgos de IVM fueron consignados a órdenes de CAPRECOM E.I.C.E.; lo que permite colegir como supuestos cardinales: i. la condición de servidor público del promotor, y; ii. su afiliación al RPMPD a través de aquella caja de previsión social, en cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 2 de la Ley 314 de 1996, “[l]a Caja de Previsión Social de Comunicaciones, Caprecom, en el campo de las pensiones, operará como una entidad Administradora del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida para aquellas personas que estuviesen

afiliadas a 31 de marzo de 1994, sin perjuicio de la libre elección que consagra la Ley 100 de 1993”. –Subrayado intencional de la Sala–

De esta suerte, a partir del 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante podría elegir entre permanecer en el RPMPD al que se encontraba afiliado a través de CAPRECOM E.I.C.E., o bien trasladarse al RAIS, para con ello liberarse en este último caso, de los requisitos de edad y tiempo de servicios que las disposiciones legales a esa fecha le resultaban aplicables, valga decir, la Ley 33 de 1985; y así, sujetar la causación de su derecho pensional a la satisfacción de las exigencias en materia de conformación y suficiencia del capital mínimo necesario para la financiación de la prestación económica, así también como a los presupuestos para hacerse acreedor, de manera subsidiaria, a la devolución de saldos en caso de no haber acumulado los recursos necesarios para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo.

Sin embargo, las disposiciones que reglamentan el seguro obligatorio en modo alguno autorizan, como parece sugerirlo el demandante, a percibir doble atribución y obtener las prestaciones económicas que correspondan en cada uno de los regímenes pensionales incorporados al SGSSI, a causa del carácter excluyente e incompatible entre aquellos bajo la égida del artículo 16 de la Ley 100 de 1993, pues de comprenderse así el asunto, se estaría entregando una patente de corso para el establecimiento, *de facto*, de un tercer régimen pensional ecléctico y acomodaticio que responda a los intereses y a la conveniencia de cada afiliado.

De lo hasta aquí discurrido, para la Sala ningún reparo aflora de la conducta asumida por la AFP PROTECCIÓN S.A. en trasladar el 09 de diciembre de 2010 a CAPRECOM E.I.C.E., la suma de \$12.470.486 por concepto de cotizaciones a pensiones pagadas por el demandante como trabajador independiente entre mayo de 1995 y abril de 1996, pues a pesar que el pasado el 07 de abril de 1995 aquel manifestó su intención de trasladarse al RAIS, para el fondo accionado se suscitó una multifiliación con el RPMDP representando por CAPRECOM E.I.C.E., conflicto que fue resuelto a favor de ésta última entidad; y si ello es así, en cumplimiento estricto de lo normado por el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, lo procedente es transferir los saldos a la administradora de pensiones cuya afiliación resulte válida, por cuanto a ésta le corresponde asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte de su afiliado; lo que de contera termina por derruir el soporte de los pedimentos del accionante al encontrarse anulada su afiliación al RAIS.

Con todo, al margen que la Sala comparta o no la solución brindada por CAPRECOM E.I.C.E y la AFP PROTECCIÓN S.A. a la presunta multivinculación del señor ÓSCAR ENRIQUE BOTERO JARAMILLO, lo cierto es que, por un lado el accionante a la fecha cuenta con una situación jurídica consolidada, cual es, el estatus de pensionado en el RPMPD y, de otro, no cuestiona ni censura en el escrito demandatorio la validez de su afiliación a dicho régimen pensional, resultando impropio del juez plural, abordar en esta instancia, a cuál de los regímenes pensionales ha debido permanecer el demandante, al escapar esta discusión del marco delimitado por los hechos jurídicos planteados por las partes en contienda y sobre los cuales descansa esta litis.

Como corolario de lo expuesto y atendiendo a las consideraciones fácticas y jurídicas antes descritas, se dispondrá por la Sala la confirmación de la sentencia de primer grado, en cuanto absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor ÓSCAR ENRIQUE BOTERO JARAMILLO.

3. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del CGP, y en vista de que el fallo fue estudiado en bajo el grado jurisdiccional de consulta a favor de ÓSCAR ENRIQUE BOTERO JARAMILLO, no se impondrán costas procesales.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, Sala Quinta de Decisión Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

4. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, el 26 de abril de 2022, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por ÓSCAR ENRIQUE BOTERO JARAMILLO, en contra de la AFP PROTECCIÓN S.A., UGPP, FIDUPREVISORA SA y FIDUAGRARIA S.A., de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Lo resuelto se notifica mediante EDICTO, acogiendo el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, vertido en la reciente providencia AL2550-2021 del 23 de junio de 2021, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

Déjese copia digital de lo decidido en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen.

Se declara así surtido el presente acto y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente



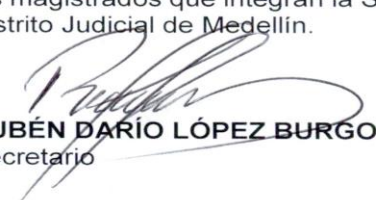
CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES
Magistrado



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada

CONSTANCIA SECRETARIAL

Se deja constancia de que las anteriores firmas corresponden a las firmas originales de los magistrados que integran la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín.



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario