



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GERMÁN ARANGO URIBE** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 002 2016 00009 01.

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación formulado por la demandante contra la sentencia proferida el 29 de agosto de 2021, por el Juzgado 2.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare como fecha de estructuración de su estado de invalidez el 31 de marzo de 2013, y en consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar en su favor el reajuste y reliquidación de la pensión de invalidez, incluyendo todas las semanas cotizadas hasta la mencionada data (f.º 2).

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 14 de febrero de 1956; trabajó con Andina de Seguros desde el 1.º de octubre de 1997 hasta el 3 de marzo de 2013, periodo durante el cual se realizaron aportes para pensión con destino al Instituto de Seguros Sociales; que padece de una lesión en su columna vertebral denominada *dish radiculopatía* que lo ha incapacitado de manera progresiva y permanente; que el dictamen n.º 2663 del 4 de mayo de 2012, emitido por el Instituto de Seguros Sociales establece que padece una pérdida de capacidad laboral del 61,56% estructurada el 5 de diciembre de 2011; que con fundamento en el mencionado dictamen, le fue reconocida la pensión de invalidez mediante Resolución GNR 076582 del 26 de abril de 2013, teniendo en cuenta únicamente 344 semanas cotizadas, y que en el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones se indica que hasta el 31 de marzo de 2013, cotizó 417,71 semanas, por lo que para la fecha del dictamen no era una persona inválida, toda vez que podía desarrollar su actividad laboral y cotizar al sistema de seguridad social (f.º 2-3).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 13 de abril de 2016, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 29-

30), quien contestó con oposición y propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (f.º 37-38).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 29 de agosto de 2021, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, propuesta por la demandada, y en ese sentido, la absolvió de las pretensiones de la demanda.

Consideró, que pese a que de oficio se ordenó la remisión del demandante ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez y aportar la historia clínica, dichas pruebas no fueron allegadas, por lo cual no es posible acreditar que la enfermedad del actor sea crónica y degenerativa. Así, ante la ausencia de prueba técnica que permita al juez ahondar en la fecha de estructuración de la enfermedad, no queda otro camino que denegar las pretensiones (f.º 92 - 94).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante, argumentó que la documental que echa de menos la jueza, sí fue aportada y con ella había la posibilidad de catalogar la enfermedad como crónica o congénita, pues contenía un memorial suscrito por la Directora Administrativa y Financiera de la Sala Segunda de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle, remitiendo el expediente del actor, en donde se puede verificar que padece la enfermedad denominada *dish-radikulopatía*, que afecta la columna vertebral desde el cuello hasta el fémur y que se considera como una enfermedad crónica. Además, con el documento allegado por la E.P.S. Sura, se probó que tuvo unos baches importantes en su

incapacidad en diciembre de 2012, y enero y febrero de 2013, por lo que se presume que sí tenía capacidad para seguir ejerciendo labores.

Sostuvo, que desconocer las cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, sería ir en contra de los principios de universalidad, solidaridad, integralidad, prevalencia de la realidad sobre las cosas, buena fe y se vulnerarían derechos fundamentales de una persona en condición de discapacidad.

En atención a las manifestaciones efectuadas por el apoderado de la parte demandante, se requirió a la *a quo* con el fin de que aclarara lo pertinente, en cuanto a la documental que se echa de menos, para lo cual informó que, en efecto, por un error totalmente involuntario el memorial quedó 'engavetado' y no fue incorporado en tiempo dentro del plenario, razón por la que se puso en conocimiento de las partes para lo pertinente (f.º 164 y ss).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará como problema jurídico, el verificar si la discapacidad del demandante es de aquellas consideradas crónicas y degenerativas, y en consecuencia, determinar si procede el reajuste y reliquidación de la pensión, incluyendo las semanas cotizadas hasta el 31 de marzo de 2013, así como verificar si hay lugar a que el goce del derecho se le reconozca a partir de esa fecha, por lo tanto, se ordene el pago del correspondiente retroactivo.

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es preciso señalar que en el presente asunto no se cuestiona el derecho pensional por invalidez, pues fue reconocido por la demandada

mediante la Resolución n.º 076582 del 26 de abril de 2013 (f.º 16-20). Tampoco, está en duda la pérdida de la capacidad laboral que le fue dictaminada al señor Germán Arango Uribe, que, conforme el dictamen n.º SMML-2663 del 4 de mayo de 2012, padece la enfermedad de origen común denominada dish-radiculopatía que le ocasionó una pérdida de capacidad laboral del 61,56% (f.º 58).

Ahora, solicitó el demandante que se modifique la fecha de estructuración de la discapacidad, la cual fue definida el 5 de diciembre de 2011, a efectos de que se señale que la discapacidad fue estructurada el 31 de marzo de 2013, con la única finalidad de que se contabilicen para la determinación del ingreso base de liquidación de la pensión, las semanas cotizadas con posterioridad a dicha fecha, y en consecuencia, se reajuste y reliquide la pensión.

Se precisa aclarar, que en los casos de enfermedades crónicas y degenerativas, en las que la pérdida de capacidad laboral es progresiva y paulatina, aunque ya se haya estructurado la invalidez, el afiliado puede seguir laborando hasta que la misma enfermedad le impida hacerlo, máxime cuando la obligación de seguir cotizando cesa en el momento en el que se le reconoce la pensión de invalidez, conforme el inciso 2.º del artículo 17 de la Ley 100 de 1993; es decir, que antes de percibir la prestación por invalidez, el afiliado que padece una enfermedad crónica no tiene por qué dejar de cotizar, siempre que su alteración de salud le permita hacerlo.

La Corte Constitucional, en diversos pronunciamientos, entre otros, la sentencia SU 588-2016, precisó que para el caso de las personas que padecen enfermedades congénitas, crónicas y degenerativas, en las que el avance de la enfermedad es progresivo, se deben tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, ya que el cese de

actividades laborales de forma definitiva y permanente que ocurre ante el contundente deterioro de la salud, no necesariamente coincide con el momento en el que se efectúa el diagnóstico de la enfermedad.

De lo contrario, se impondría una condición imposible de cumplir, además, se estarían desconociendo principios constitucionales y los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad, que son sujetos de especial protección constitucional, por lo que se debe verificar si los pagos realizados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, no se realizaron con el único fin de obtener un beneficio del sistema de seguridad social, y si realmente fueron aportados en ejercicio de la capacidad laboral residual del afiliado, que según lo indicó la alta Corporación en la citada providencia, «...se trata de la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad».

Así las cosas, la inclusión o no de las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la discapacidad del actor depende de que la enfermedad sea una enfermedad crónica y degenerativa y no de que se modifique dicha fecha.

Pues bien, fue aportado al proceso el dictamen de determinación de origen de la Junta Regional de Calificación del Valle (f.º 156-159), en el que se puede leer que el padecimiento del demandante *“se trata de una enfermedad crónica de causa desconocida. curso progresivo e invalidante hacia la incapacidad laboral completa”* y respecto de la fecha de estructuración se señala el 5 de diciembre de 2011, coincidiendo con el dictamen del Instituto de Seguro Social que sirvió de base para el reconocimiento de su pensión.

Es claro entonces, que el deterioro en la capacidad laboral del actor se debe a una enfermedad degenerativa de origen común que tuvo como fecha de estructuración el 5 de diciembre de 2011, y que, conforme a la jurisprudencia mencionada, se deben tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, por lo que, se procederá a efectuar el cálculo de la mesada pensional teniendo en cuenta la totalidad de las mesadas cotizadas hasta el 31 de marzo de 2013, según consta en el reporte de semanas cotizadas aportado por Colpensiones (f.º40-42).

Teniendo en cuenta que el IBL calculado conforme las cotizaciones actualizadas equivale a \$4.530.069,50, y que la tasa de reemplazo, según las disposiciones del artículo 40 de la Ley 100 de 1993, es en este caso, del 45%, la primera mesada pensional se reajustará a la suma de \$2.038.531,27 mensuales.

Así las cosas, la sentencia apelada será revocada para condenar a Colpensiones al reajuste de la pensión de invalidez del demandante y a pagar el valor de la diferencia entre lo pagado, y la mesada reajustada, valor que deberá cancelar debidamente indexado.

Ahora, según se lee de la Resolución n.º 076582 del 26 de abril de 2013, la fecha de reconocimiento de la pensión fue el 5 de diciembre de 2011, por ser esta la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral. No obstante, la causación del derecho ocurre a partir de inclusión en nómina debido al subsidio por incapacidad temporal que el demandante venía recibiendo de la E.P.S. Sura, según argumentó Colpensiones en la contestación de la demanda.

No se desconoce por esta Sala, la incompatibilidad de percibir el pago de incapacidades y de mesadas pensionales por invalidez de

manera simultánea (CSJ sentencias SL de 15 de mayo de 2006 Rad. 26049, recordada en la SL40887 de 2013); no obstante, según la información remitida por la mencionada empresa promotora de salud (f.º 84-86) la última incapacidad fue percibida por el señor Germán Arango Uribe el día 9 de marzo de 2013, y finalizó el 13 de los mismos meses y año. De ahí que, habiéndose demostrado que solo hasta esta fecha el demandante recibió incapacidades con posterioridad a la fecha de estructuración de su invalidez, resulta procedente el pago del retroactivo por el periodo comprendido entre el 14 de marzo del 2013 al 23 de abril de 2013, aclarándose que el fenómeno prescriptivo no se configura por no haber transcurrido tres años desde esa data y la interposición de la presente acción el 18 de diciembre de 2015 (f.º 27).

En consecuencia, se revocará la sentencia proferida el 29 de agosto de 2019, para en su lugar reliquidar la primera mesada pensional del señor Germán Arango Uribe en valor \$2.038.531,27, y en consecuencia, ordenar a Colpensiones que le reconozca y pague el valor correspondiente a la mesada pensional por el periodo comprendido entre el 14 de marzo de 2013 y el 23 de abril del mismo año, así como la diferencia entre lo pagado y la mesada reajustada, sumas que deberán ser canceladas debidamente ajustadas al valor actual de la moneda.

Así mismo, no prospera la excepción de prescripción propuesta, teniendo en cuenta que no transcurrió el término trienal entre la fecha inicial en la que se deben pagar las diferencias pensionales, y la fecha de presentación de la demanda (18 de diciembre de 2015 – f.º 27).

Sin costas en la instancia, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 29 de agosto de 2021 por el Juzgado 2.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, **RELIQUIDAR** la primera mesada pensional del señor Germán Arango Uribe en valor \$2.038.531,27, y en consecuencia, **ORDENAR** a Colpensiones que le reconozca y pague el valor correspondiente a la mesada pensional por el periodo comprendido entre el 14 de marzo de 2013 y el 23 de abril del mismo año, así como la diferencia entre lo pagado y la mesada reajustada, sumas que deberán ser canceladas debidamente ajustadas al valor actual de la moneda, de acuerdo con lo considerado.

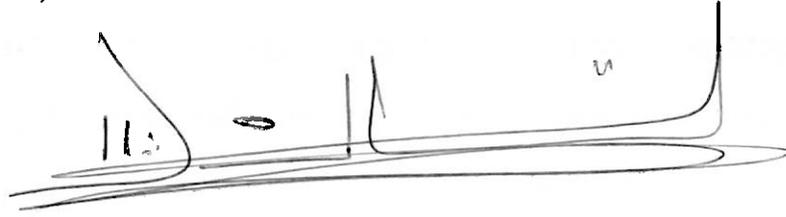
SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, featuring a large initial 'A' and a long horizontal stroke.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, with a large initial 'M' and a long horizontal stroke.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GERMÁN LÓPEZ VARÓN** contra la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS.**

EXP. 11001 31 05 004 2020 00034 01.

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 30 de julio de 2021, por el Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declarara que la demandada se encuentra en la obligación de reconocerle y pagarle las primas semestrales y las primas de vacaciones convencionales, causadas y exigibles, durante toda su relación laboral, debidamente indexadas; así mismo, se ordene a tal entidad al reajuste de sus cesantías durante todo el tiempo servido, toda vez que la naturaleza de los anteriores preceptos es salarial, de conformidad con el Artículo 9.º de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 19 de julio de 1996.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que se vinculó a la demandada, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, el 1.º de octubre de 1998; que el 1.º de febrero de 2006, sin que se presentara solución de continuidad, suscribió contrato a término fijo; que se desempeña como 'Extensionista' en el municipio de Fresno - Tolima, y que tuvo una remuneración salarial mensual de \$2.201.270 para el año 2015 y 2016; de \$2.355.359 para el año 2017; de \$2.496.681 para 2018; y de \$2.646.482 para 2019.

Sostuvo, que en la empresa funciona el Sindicato de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros - Sintrafec-, al cual pertenece desde el mes de mayo de 2019, organización con la cual la Federación ha suscrito varias convenciones colectivas en las que se han regulado las relaciones obrero - patronales, y consagrado unas prestaciones a favor de todos los trabajadores; que en el artículo 29 de la Convención Colectiva de 1974, se consagró una prima semestral que existía desde convenciones anteriores, razón por la que tiene derecho a dos meses de salario en junio y 2 meses de salario en diciembre de cada año; adujo también, que en el Artículo 10.º de la

Convención Colectiva de trabajo de 1984, se consagró una prima de vacaciones de la que también es beneficiario.

Manifestó, que la demandada se negó a reconocerle y pagarle las anteriores prestaciones convencionales, con el argumento que no es beneficiario de los mismos por no estar afiliado con anterioridad a Sintrafec; además, se negó también a tener en cuenta las mismas como factor salarial, a efectos de la liquidación de prestaciones sociales, entre ellas, sus cesantías (Exp. dig., carpeta 1, archivo 1., págs. 1-13).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 13 de enero de 2021, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (Exp. dig., carpeta 1, archivo 2).

LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, se opuso a las pretensiones del demandante. Arguyó, que el demandante no fue beneficiario del aludido régimen convencional, toda vez que no se encontraba afiliado a Sintrafec con anterioridad al mes de mayo de 2019, ni se le efectuaban los descuentos por concepto de aportes a dicha organización sindical de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Convención Colectiva de trabajo suscrita en 1984, entre la Federación y la mentada organización, la cual, es un sindicato de empresa minoritario desde el mes de marzo de 1988.

Alegó en su favor, las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción, pago y compensación, y buena fe (Exp. dig., carpeta 1, archivo 4, págs. 1-143).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 30 de julio de 2021, condenó a la demandada al reconocimiento y pago de los beneficios convencionales dejados de percibir, esto es, la prima semestral establecida en el Artículo 29 de la Convención Colectiva de 1974, y la prima de vacaciones establecida en el Artículo 10 de la Convención Colectiva suscrita entre la demandada y el Sindicato de la Federación Nacional de Cafeteros - Sintrafec, así:

- Por concepto de prima semestral:
 - Año 2017: 9.421.436 COP
 - Año 2018: 9.986.724 COP
 - Año 2019: 10.585.928 COP

- Por concepto de prima de vacaciones:
 - Año 2017: 3.297.502 COP
 - Año 2018: 3.495.353 COP
 - Año 2019: 3.705.074 COP

Adicionalmente, condenó a la demandada a reliquidar y cancelar las cesantías; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las demás excepciones propuestas; y la condenó al pago de costas.

Respecto de la aplicación de las convenciones colectivas, señaló que dentro del expediente obraban varias de ellas en las que se pactó inicialmente que todas sus disposiciones se aplicarán a todos los trabajadores de la Federación, y que estas fueron ratificadas posteriormente, por lo que no podía ser de recibo el argumento de la demandada de que pese a que el sindicato que la suscribió pasó a ser minoritario, los trabajadores perdieron el derecho a los beneficios,

pues si eso se pactó así convencionalmente, así tiene que aplicarse con independencia de que el sindicato que la suscribió haya pasado a ser minoritario, aspecto que ha sido definido por la Corte Suprema de Justicia en varios pronunciamientos que citó, así como que tampoco importaba el hecho de que el demandante no hubiera cotizado al sindicato durante el tiempo en que no estuvo afiliada.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA**, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Señaló, que a lo largo del tiempo, ésta entidad y la organización sindical Sintrafec, siempre tuvieron la intención de establecer requisitos para la aplicación de sus beneficios convencionales, los cuales, atienden a la relación existente entre la autonomía y la libre asociación sindical, razón por la cual, manifestó que en efecto, dentro de las convenciones colectivas como la del año 1984, se reconoció la existencia de 2 regímenes prestacionales al interior de la demandada, uno, el de los trabajadores beneficiarios de las convenciones colectivas, y otro, el de los trabajadores que no se benefician de las mismas, pues, considera que debe existir una manifestación de la voluntad del trabajador no sindicalizado, de querer gozar de las prestaciones extralegales pactadas por vía convencional, acción que no realizó el demandante, sino que fue hasta el año 2019, que procedió a afiliarse a Sintrafec, y que consecuentemente, la demandada empezó a realizar los descuentos correspondientes, y a pagar los beneficios extralegales a que se acogió con tal afiliación.

Manifestó, no se debe desconocer, que de conformidad con el Artículo 68 de la Ley 50 de 1990, los trabajadores no sindicalizados,

por el hecho de beneficiarse de la convención colectiva, deberán pagar al sindicato, durante su vigencia, una suma igual a la de la cuota ordinaria con la que contribuyen los afiliados al sindicato; aunado a ello, adujo que en virtud del Artículo 470 del Código Sustantivo de Trabajo, tampoco se puede entender que el demandante ostentaba la calidad de beneficiario de las convenciones colectivas, toda vez que Sintrafec, desde el año 1988, viene siendo un sindicato minoritario, por lo que no operan los preceptos legales previamente anotados.

Solicitó, que se revoque la condena impuesta en costas, y que, si se decide confirmar la decisión del Juzgador de Primera Instancia, se tengan en cuenta las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, tales como compensación y pago, teniendo presente que la afiliación del demandante al sindicato se dio en el 2019, momento desde el que se reconocieron los beneficios extralegales, empero, el *a quo* condenó al pago de la prima extralegal, por la totalidad de la anualidad, sin tener en cuenta tal circunstancia, de la cual dan cuenta los certificados de pagos de nómina de dicha anualidad; además, respecto de la prima extralegal de vacaciones, afirmó que la misma, no se causa de manera pura y simple por el tiempo prestado de servicios, sino en razón al disfrute efectivo de las mismas.

Finalmente, solicitó que se tenga en cuenta que en las cláusulas del contrato de trabajo celebrado con el demandante, se pactó expresamente que cualquier otra remuneración o ingreso de carácter extralegal que se dé con motivo de dicho contrato, sea cual fuere su denominación, no constituye salario, y por lo tanto, no se tendrá en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales, lo que desvirtúa las condenas impuestas en su contra.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por la parte demandada, el Tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por las recurrentes. La sala tendrá como problemas jurídicos, los siguientes: **i)** si el demandante tiene derecho o no, a que se le apliquen los beneficios convencionales reclamados, al ser la organización sindical suscribiente un sindicato minoritario, durante el periodo en que no se encontraba afiliado; **ii)** si la respuesta fuere positiva, la forma como se deben liquidar las primas convencionales; **iii)** si tales beneficios convencionales constituyen factor salarial, **iv)** y si resulta procedente la condena en costas.

APLICABILIDAD DE LA CONVENCION COLECTIVA A LA DEMANDANTE ANTES DE SU AFILIACION AL SINDICATO.

De entrada, esta Sala advierte, que en ningún error incurrió el juzgador de instancia al declarar que el demandante es beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo suscritas al interior de la entidad demandada, como pasa a explicarse:

Como se sabe, la legislación laboral establece 3 ámbitos específicos de aplicación de una convención colectiva del trabajo. El primero, regulado en el artículo 470 del Código Sustantivo del Trabajo, que dispone que este acuerdo solo beneficia a los miembros del sindicato que la haya celebrado, así como a todos aquellos trabajadores que se adhieran a ella o ingresen posteriormente a la organización, cuando el número de afiliados a este no exceda de la tercera parte de la totalidad de los trabajadores de la empresa; el

segundo, regulado en el artículo 471 *ídem*, que establece que la misma se aplica a todos los trabajadores de la empresa, independientemente de que sean sindicalizados o no, en la hipótesis en que el sindicato que lo haya celebrado agrupe a más de la tercera parte del total de los trabajadores de aquella – extensión a terceros-, y el tercero, regulado en el artículo 472 *ibídem*, que contempla la posibilidad de que el Gobierno Nacional disponga la extensión de los beneficios extralegales a otras empresas diferentes de las que fueron parte en la negociación colectiva, siempre y cuando se reúnan los presupuestos básicos que la norma refiere.

Si bien, las anteriores hipótesis constituyen la regla general para la aplicación de un acuerdo colectivo, ello no quiere decir que no se configuren excepciones a dicha regla como, por ejemplo, que sea el mismo empleador, quien en virtud de un procedimiento de negociación, acuerde con la organización sindical la aplicación de una convención colectiva a un sector determinado de trabajadores.

Al revisar las pruebas obrantes en el expediente, se tiene que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 19 de septiembre de 1974, y depositada el 7 de octubre del mismo año (exp. dig., carpeta 1, archivo 1, págs. 20 - 65), en su artículo 33, dispuso:

“APLICACIÓN. La presente Convención Colectiva será aplicada a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, y de los Almacenes Generales de Depósito “ALMACAFE”, en los términos aquí indicados.

A los trabajadores no sindicalizados que se beneficien total o parcialmente con la contratación colectiva se les harán, con destino al Sindicato, las retenciones que autorice la ley y la convención”. (exp. dig., carpeta 1, archivo 1, pág. 57).

Por su parte, el artículo 32 de la misma convención, numeral 2.º, señaló que los trabajadores no sindicalizados seguirán pagando al sindicato la cuota mensual, a menos que renuncien expresamente

a los beneficios de la contratación colectiva dentro de los 15 días siguientes a la firma de la convención. El numeral de dicho artículo señaló que la retención de las cuotas ordinarias y extraordinarias la haría el empleador (exp. dig., carpeta 1, archivo 1, pág. 57).

El campo de aplicación convencional fue ratificado en las convenciones siguientes en los mismos términos generales. Igualmente, el Laudo Arbitral de 4 de septiembre de 1986, dejó vigente en su artículo primero todos los puntos de las convenciones anteriores que no fueran modificados por el laudo (exp. dig., carpeta 1, archivo 1, pág. 72), documento este en que no se evidencia que hubiera sido modificado el campo de aplicación.

Ahora, es cierto que en la convención colectiva de trabajo de febrero de 1998, nada se dijo sobre el campo de aplicación de dicha convención. No obstante, su artículo 11 determinó que continuarían *“vigentes las estipulaciones de convenciones colectivas y laudos anteriores que no hayan sido derogadas, modificadas, sustituidas o acordadas por la presente convención colectiva de trabajo”*.

En este momento, resulta necesario indicar, que no es posible acceder a la solicitud del apelante, tendiente a que se tome como norma convencional aplicable al presente caso, la Convención Colectiva 001 del 2 de febrero de 2021, la cual, estableció que en ningún evento, la misma tendrá aplicación retroactiva a trabajadores que no estuvieron aplicados o adheridos a la organización sindical Sintrafec, y derogó las convenciones colectivas y laudos arbitrales suscritos entre las partes con anterioridad, pues, tal como lo señaló el Juzgador de Primera Instancia, la misma se suscribió con posterioridad a la fecha de presentación de la presente demanda, razón por la cual, no resulta aplicable en virtud del principio de condición más beneficiosa, por lo que, en virtud del precepto de ultractividad de la ley, para el caso concreto y tras analizar todas las

convenciones colectivas de trabajo aportadas por las partes, se observa que el campo de aplicación del régimen convencional pactado desde 1974, resulta aplicable, de manera que, no es de recibo el argumento de la demandada de que por pasar a ser minoritario el sindicato que las suscribió, todos los trabajadores de la empresa perdieron el derecho a los beneficios contractuales, recordando la Sala que ni siquiera la disolución del sindicato contratante hace perder el derecho a la convención colectiva de trabajo, pues esta sigue rigiendo las relaciones en la empresa con los trabajadores, según el artículo 474 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sobre este aspecto, la jurisprudencia laboral ha sostenido que la circunstancia de que un sindicato que celebra una convención colectiva de trabajo, que posteriormente deje de ser mayoritario, para convertirse en minoritario, no conlleva a perder aliento jurídico a la cláusula que ordena su aplicación a todos los trabajadores por igual, independientemente de que sean sindicalizados o no, en la medida en que en este caso concreto no es la ley la fuente de la obligación adquirida, sino su libertad de contraerla (sentencias SL, 12 may. 2005 rad. 24197, 2 nov. 2006 rad. 27459, 7 jul. 2010 rad. 37478, y 22 jul. 2009 rad. 35134).

Aquí y ahora, conviene precisar que, en todo caso, la aplicación de una convención colectiva, en la hipótesis que se analiza, tampoco puede verse afectada, supeditada o condicionada a la afiliación del beneficiario al sindicato, ni aun por la falta de pago de aportes sindicales (CSJ sentencia SL, 28 nov. 1994 rad. 6962). Mucho menos, si una convención posterior estableció que los descuentos con destino al sindicato se harían conforme a la legislación vigente, como ocurrió en el presente caso, en razón a que si la voluntad de los contratantes hubiera sido condicionar su aplicación al pago de cuotas sindicales, así lo habrían dicho de manera expresa y nítida, o por lo menos lo

hubieran expresado con unos enunciados de los que se pueda desprender de manera razonable ese alcance interpretativo (CSJ sentencia SL, 25 sep. 2012 rad. 38463).

Por consiguiente, la decisión del juzgado será **confirmada**.

DE LA LIQUIDACIÓN DE LA PRIMA EXTRALEGAL DE SERVICIOS Y DE VACACIONES.

La Convención Colectiva de 1965, contemplaba en su artículo 29, que se pagaría un mes de sueldo en junio, y dos sueldos, en diciembre, no obstante, a través del artículo 16 de la Convención Colectiva de 1972, se amplió la de junio en una década, y a partir de la Convención Colectiva de 1974, se determinó que sería en 20 días más por lo que quedaría así: dos meses de salario en junio y dos meses de salario en diciembre (Exp. dig., carpeta 1, archivo 1, págs. 54-55).

Al analizar la disposición convencional, fácilmente se advierte que la prima allí consagrada es adicional a la existente, es decir, que se suma a la existente que es la legal, lo que indica que para este caso concreto no se tiene en cuenta el artículo 308 del Código Sustantivo de Trabajo, pues la empresa, en ejercicio del principio de la autonomía de la libertad, decidió reconocer esa prima convencional adicionalmente a la legal.

Ahora, es menester advertir, que conforme los desprendibles de nómina del demandante allegados por las partes, se avizoran a páginas 31 y 37, los correspondientes a los meses de mayo y noviembre del año 2019, en cada uno de los cuales se evidencia que le fue pagado el valor de \$3.969.723, por concepto de prima de

servicios extralegal, razón por la cual, como lo solicitó el apelante, se habrá de **adicionar** la sentencia, en el sentido de declarar probada también la excepción de pago, pero de manera parcial, pues, para tal anualidad, el valor de la prima en cada semestre correspondía a un valor de \$5.292.964.

De esta manera, y efectuadas las operaciones de rigor que se incorporan en el siguiente cuadro, tenemos que a la actora le corresponde por concepto de prima extralegal de servicios:

| Prima de Servicios | | | | | |
|---|--------------|--------------------------|-----------------|------------------------------|------------------------------|
| Desde | Hasta | Días por semestre | Salarios | Salarios por semestre | Valor del retroactivo |
| 1/01/2017 | 30/06/2017 | 180 | \$ 2.355.359 | 2 | \$ 4.710.718 |
| 1/07/2017 | 31/12/2017 | 180 | \$ 2.355.359 | 2 | \$ 4.710.718 |
| 1/01/2018 | 30/06/2018 | 180 | \$ 2.496.681 | 2 | \$ 4.993.362 |
| 1/07/2018 | 31/12/2018 | 180 | \$ 2.496.681 | 2 | \$ 4.993.362 |
| 1/01/2019 | 30/06/2019 | 180 | \$ 2.646.482 | 2 | \$ 5.292.964 |
| 1/07/2019 | 31/12/2019 | 180 | \$ 2.646.482 | 2 | \$ 5.292.964 |
| Valor pagado en el primer semestre de 2019 | | | | | - \$3.969.723 |
| Valor pagado en el segundo semestre de 2019 | | | | | -\$3.969.723 |
| Valor total debido por Prima extralegal de servicios | | | | | \$22.054.642 |

Así las cosas, se habrá de **modificar** el valor dispuesto por el *a quo*, respecto de las sumas adeudadas por concepto de prima semestral para el año 2019, por lo que, en virtud de la prosperidad parcial de la excepción de pago, se adeuda la suma de \$2.646.482.

Por su parte, la prima convencional de vacaciones se encuentra consagrada en el artículo 10 de la Convención Colectiva 1984 - 1986: "A partir de la firma de la presente convención, la Prima de Vacaciones tendrá la siguiente escala":

- Para el primer el periodo el 50% de la remuneración integral mensual.
- Para el segundo periodo el 70% de la remuneración integral mensual.

- Para el tercer periodo el 95% de la remuneración integral mensual.
- Para el cuarto periodo el 115% de la remuneración integral mensual.

Sobre lo manifestado por la demandada Federación Nacional de Cafeteros, respecto de que la prima de vacaciones se causa en una fecha determinada, es de advertir, que en este caso, dicha situación no tiene incidencia por cuanto el derecho se causa al transcurrir el año laborado, sin que tenga incidencia la fecha de disfrute de las vacaciones, por cuanto lo importante es la causación del derecho.

En consecuencia, se **confirmará** la decisión de primera instancia, en este aspecto, así como las condenas impuestas, sin que sea necesario entrar a revisar cada rubro, en la medida en que este aspecto no fue apelado.

FACTOR SALARIAL DE LOS BENEFICIOS CONVENCIONALES

Al respecto, tal como fue advertido por el *a quo*, de conformidad con el artículo 9.º de la Convención Colectiva 1996, la prima de vacaciones allí consagrada, constituye factor salarial para liquidar cesantías e intereses a las cesantías, razón por la cual, en este aspecto, habrá también de **confirmarse** la sentencia recurrida.

DE LA IMPOSICIÓN DE COSTAS.

Finalmente, frente a la imposición de costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, numeral 1.º del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del C.P.T y S.S. dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio, o a quien se le resuelvan desfavorablemente los recursos de apelación, casación o revisión que haya interpuesto.

Ahora bien, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor, el derecho a que le sean reintegrados los gastos procesales.

Por su parte, el artículo 366 numeral 4.º ibídem, dispone que: *«para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas».*

A su turno, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo n.º 10554 de 2016, en los que se fijan los parámetros para la fijación de las agencias en derecho en los procesos declarativos y ejecutivos.

Así las cosas, atendiendo el marco normativo citado y en consideración a que en este proceso la parte demandada fue vencida en juicio, en efecto, las costas debían correr a cargo de este extremo procesal, razón por la cual, es claro que también hay lugar a **confirmar** la providencia consultada en este aspecto, en virtud de lo anteriormente expuesto.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia proferida el 30 de julio de 2021, por el Juzgado 4.º

Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en lo que tiene que ver con el valor adeudado por la demandada Federación Nacional de Cafeteros, por concepto de prima semestral de servicios del año 2019, en la suma de \$2.646.482, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de ésta sentencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **ADICIONAR** el numeral tercero de dicha providencia, en el sentido de declarar, parcialmente probada la excepción de pago, conforme lo considerado.

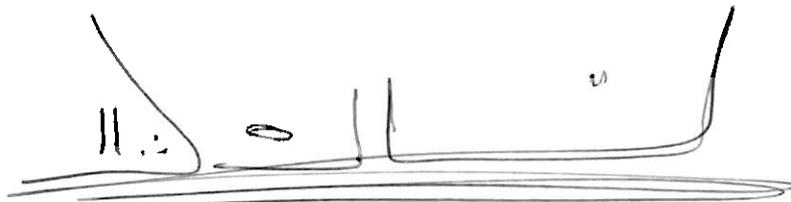
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Sin costas en la instancia ante su no causación.

QUINTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **IRMA YOLANDA BEJARANO AGUILERA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 005 2019 00556 01.

Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante y PROTECCIÓN S.A. sobre la sentencia proferida el 11 de agosto de 2021, por el Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (R.A.I.S.), que tiene derecho a regresar al Régimen de Prima Media (R.P.M.); y que se condene a Protección S.A., A.F.P. a la cual se halla actualmente afiliada, a trasladar a Colpensiones sus aportes; a esta a recibirlos; y al reconocimiento de las costas y agencias en derecho a cargo de las demandadas, y las condenas *ultra y extra petita* (archivo 1, pág. 4).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que inició sus cotizaciones a seguridad social el 1.º de octubre de 1982 en el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y que en 1994 se trasladó al R.A.I.S. administrado por Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A.; y, en 2007, se trasladó a Protección S.A., a través de procesos de afiliación sin cumplimiento del deber de información.

Adujo que fue pensionado el 27 de febrero de 2019 por Protección S.A., con mesada inicial por \$894.504, efectiva desde el 4 de octubre de 2018; y que solicitó a las entidades mencionadas la nulidad del traslado, lo cual fue negado por todas ellas (*ídem*, págs. 4-5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida el 6 de noviembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, y ordenando a

Porvenir S.A. y a Colpensiones aportar proyección de la mesada pensional en cada régimen pensional (*ídem*, págs. 125-126).

La Agencia mantuvo silencio tras dar el acuse de recibo el 2 de diciembre de 2019 (*ídem*, págs. 130-131).

COLPENSIONES, contestó la demanda el 19 de diciembre de 2019, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, y proponiendo como excepciones las de Falta de legitimación en la causa por pasiva, Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, presunción de legalidad de los actos jurídicos, Inexistencia de causal de nulidad, Cobro de lo no debido, Buena fe en las actuaciones de Colpensiones, Falta de causa para pedir, Inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionada por el Acto legislativo 01 de 2005, No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, Saneamiento de la nulidad alegada, y la Innominada o genérica (*ídem*, págs. 139-157).

PORVENIR S.A., contestó la demanda el 10 de febrero de 2020, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, y proponiendo como excepciones las de Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y Buena fe (*ídem*, págs. 193-211).

Su contestación fue inadmitida por adjuntar pruebas documentales no relacionadas al proceso, por lo cual adicionó las apropiadas el 30 de junio de 2021.

PROTECCIÓN S.A., presentó documento de contestación de la demanda y demanda de reconvención el 26 de agosto de 2020, mas

solo tenía plazo hasta el 13 de marzo de 2020, para allegar la contestación, por cuanto fue notificada personalmente el 28 de febrero de ese mismo año. En virtud de esto, se tuvo por no contestada la demanda por su parte, y fue rechazada la demanda de reconvención que presentó conjuntamente (*idem*, pág. 423).

Arguyó en su demanda, que la demandante nació el 8 de julio de 1962, que se trasladó a Porvenir S.A. el 17 de junio de 1994, a Horizonte en 1999, a Santander S.A. en 2007, y a ING S.A. en 2012; que en 2018 solicitó pensión de Protección S.A., la cual le fue otorgada desde el 4 de octubre de 2018 (*idem*, págs. 360-361).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 11 de agosto de 2021, resolvió declarar saneada la nulidad de los traslados de la demandante, absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas, y no condenar en costas (*idem*, págs. 587-591).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La **DEMANDANTE**, apeló solicitando la revocatoria de la sentencia de primer grado, argumentando que no tuvo en cuenta la jurisprudencia respecto de la reparación integral en la valoración de los perjuicios, puesto que son claros desde se reconoció la pensión.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.**, apeló solo respecto del numeral primero de la sentencia, solicitando que se cambie la consideración de que sí existió nulidad, si bien esta habría sido saneada por el reconocimiento de la pensión, pues se habilitaría a la demandante para solicitar la reparación por el saneamiento de la

nulidad. Esta no se habría dado, afirmó, dado que no puede considerarse que el acto jurídico del traslado parte de la no provisión de la información, y, más bien, debe tomarse en cuenta el conocimiento de los regímenes pensionales por la demandante.

En el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, adicionó, se observó que la demandante conocía las características de esos regímenes, y ejerció una motivación racional para realizar los traslados. Lo que veríamos aquí, por tanto, sería el deseo de una mejor mesada pensional, lo cual no es un derecho que haya adquirido.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. de 2020, rad. 59412, y CSJ STL3716-2020; así como también, a la postura del Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico el verificar la procedencia de reconocer la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas, a pesar de que ya cuenta con el estatus de pensionada; y la de ordenar en esta instancia la indemnización de perjuicios por la imposibilidad de declarar la ineficacia, toda vez que la demandante ha sido pensionada.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 8 de julio de 1962 (*idem*, pág. 158); **ii)** que cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1.º de octubre de 1982 y el 16 de junio de 1994, un total de 519,14 semanas (*ibidem*); **iii)** que se trasladó el 17 de junio de 1994 al R.A.I.S., bajo el fondo administrado por la A.F.P. COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de julio de 1994 (*idem*, págs. 349 y 460); después, el 4 de mayo de 1999, se trasladó al fondo administrado por la A.F.P. HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1º de julio de 1999 (*idem*, págs. 349 y 459); luego de lo cual, el 30 de abril de 2007, se trasladó a SANTANDER S.A., hoy PROTECCIÓN S.A, con fecha de efectividad desde el 1.º de agosto de 2007 (*idem*, págs. 271). Finalmente, la demandante se trasladó el 20 de junio de 2011, al fondo administrado por ING S.A., la cual fue absorbida por PROTECCIÓN S.A. (*idem*, pág. 272), de modo que, para el 9 de julio de 2019, contaba con 1702,57 semanas cotizadas. A esta entidad se halla vinculada hasta el presente, y de ella se pensionó (*idem*, pág. 301).

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, relacionada con que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

De antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia había indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. De ahí, que tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado. Por ende, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento de ese deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si la persona era o no beneficiaria del régimen de transición, o si tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 31314, STL8125-2020).

También, la jurisprudencia ha establecido que el formulario no es prueba del consentimiento informado, esto es, no prueba la información otorgada. Sí prueba, a lo sumo, el consentimiento del afiliado sin vicios, pero no es necesario acreditar la falta de información por parte de los fondos de pensiones para predicarla

(CSJ SL19447-2017, SL1452, SL1688, SL1689 y SL4426 de 2019, entre otras).

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 17 de junio de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colpatria S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso; el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Así, ya que se encuentra que se ha faltado al deber de información que tienen las administradoras de los fondos privados para efectuar los traslados, debe declararse la ineficacia del acto.

Sin embargo, en este preciso caso, a pesar de que no fue fundada duda de la deficiencia en la información por parte de las A.F.P., no podría declararse la ineficacia de la afiliación, porque no es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haberse efectuado el traslado de régimen, o de no haberse afiliado al R.A.I.S. La demandante, en efecto, aceptó el reconocimiento de la pensión en la modalidad de retiro programado sin negociación de bono pensional que le hizo PROTECCIÓN S.A. a través de resolución del 27 de febrero de 2019 (*idem*, pág. 313). De conformidad con los documentos que reposan en el expediente, está claro que el 4 de octubre de 2018 presentó solicitud para pensionarse (*idem*, pág. 280), la cual fue reconocida y pagada con su respectivo retroactivo en el mes de octubre del mismo año, sin que el monto de la mesada pensional se constituya, por sí solo, en una causal de nulidad.

Así las cosas, una decisión contraria a la emitida por el juez de primera instancia vulneraría los principios de solidaridad propios del

régimen de Prima Media, de equidad y de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, contemplados en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 1.º de 2005, en la medida en que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir o retrotraer; pues la prestación que hoy percibe es, a su vez, financiada, con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional, de manera que no es factible retrotraer tales situaciones como se pretende.

Es que no se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y, por tanto, derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. De modo que, no se trataría solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, A.F.P., entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida, entre muchas otras situaciones ya consolidadas; que inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento del interés general de los colombianos y, en especial, tendría un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones (CSJ SL373-2021).

Ahora, frente a la solicitud de reconocimiento y pago de perjuicios elevada por la demandante recurrente, esta Sala debe anotar que negar tal pedimento resulta acertado por la Juzgadora de primera instancia, toda vez que, pese a que el pensionado que se considere perjudicado con el monto pensional que le fue reconocido, debido al presunto incumplimiento de la A.F.P. de su deber de información al momento de su traslado, tiene derecho a demandar una reparación integral a cargo de dicha entidad, al tenor de lo dispuesto en los

artículos 2341 del Código Civil y 16 de la Ley 446 de 1998; lo cierto es que, en el caso concreto, mal hubiese podido el *a quo*, con base en sus facultades *ultra y extra petita*, conceder tal solicitud elevada en los alegatos de conclusión, pues no obra prueba en el expediente que acredite los perjuicios alegados por el demandante, ni tal petición fue objeto de debate en el contradictorio, razón por la cual, mal podría esta Sala entrar a estudiar tal reconocimiento, menos aún por prohibición expresa del artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

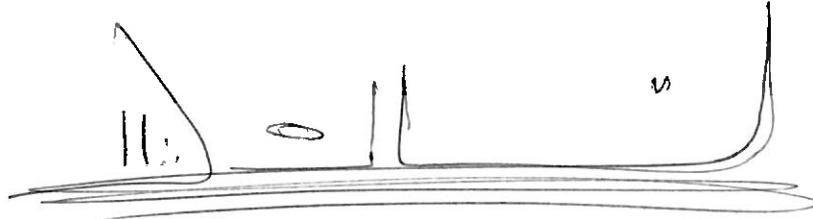
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de agosto de 2021, por el Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendándose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, featuring a large initial 'A' and a long horizontal stroke.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, with a large initial 'M' and a long horizontal stroke.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JAIME CÉSAR BELTRÁN ACOSTA** contra **PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S., CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A.,** y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS -UAESP-.**

EXP. 11001 31 05 011 2015 00009 01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022)

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte DEMANDANTE y las demandadas PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S. y CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A., respecto de la sentencia proferida el 8 de junio de 2021, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare que entre él y la demandada CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A., existió un contrato de trabajo, del 18 de enero de 2012 hasta el 17 de diciembre de la misma anualidad; consecuentemente, se declare que la empresa PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S., es un simple intermediario en la contratación del demandante; que se declare que las demandadas UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS y PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S., son solidariamente responsables de las acreencias laborales adeudadas por el Consorcio demandado. Adicionalmente, solicitó que se declare que trabajó en una jornada de lunes a sábado, y que durante la vigencia del contrato de trabajo, laboró 2 horas extras nocturnas diarias, en el horario de 2 a 4 de la mañana.

Como consecuencia de lo anterior, pretendió que se condene solidariamente a las demandadas, al pago de \$4.306.918 correspondientes al trabajo suplementario mencionado, así como al pago de un día de salario por cada día que se tarde en realizar el pago de los salarios y prestaciones adeudadas, desde la fecha de terminación del contrato y hasta por los siguientes 24 meses.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, señaló que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS suscribió contrato con la empresa CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A., y a su vez, ésta última suscribió también un contrato con la sociedad PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S., razón por la cual, ésta sociedad, en desarrollo del mismo, contrató el personal que dicho Consorcio requería para la recolección de desperdicios en la ciudad de Bogotá.

Señaló, que prestó sus servicios para el CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A., desde el 18 de enero de 2012 hasta el 17 de diciembre de la misma anualidad, de los cuales era beneficiaria la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS; que la actividad que desarrolló durante la vigencia del contrato fue la de conductor, con la cual contribuía a la recolección de basura en Bogotá; y que recibía órdenes de los representantes del Consorcio demandado; que nunca se le pagó valor alguno por concepto de trabajo suplementario; que devengó el salario mínimo y laboró de lunes a sábado; que su horario de entrada a trabajar era a las 6 de la tarde y que su jornada de trabajo no era de menos de 10 horas, por lo que siempre laboró 2 horas extra nocturnas en cada jornada de trabajo.

Finalmente, adujo que el Consorcio demandado lleva un registro donde consigna, entre otros, el nombre del conductor, y la hora de entrada y de salida de los camiones recolectores y compactadores de basura; (f.º 1-15 cuad. ppal.).

Posteriormente, en lo que interesa a la alzada, el demandante reformó la demanda, y pretendió subsidiariamente, que se declare que entre él y la sociedad PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S. existió un contrato de trabajo desde el 18 de enero de 2012 hasta el 17 de diciembre de la misma anualidad; así mismo, se declare que el CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. debe responder solidariamente por las acreencias laborales que aquella le adeuda, en tanto fue el beneficiario de la actividad laboral que prestó (f.º 334-347 cuad. ppal.).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 27 de febrero de 2015, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 36-37).

PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante. Manifestó, que entre suscribió con el demandante un contrato bajo la modalidad de duración de la obra o labor contratada, que tuvo vigencia entre el 18 de enero de 2012 y el 14 de diciembre de esa misma anualidad; mediante el cual, prestaría sus servicios en misión a la empresa usuaria CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. E.S.P., y tuvo como cimiento un contrato entre las empresas que legitimó el envío de trabajadores en misión.

Adujo, que de conformidad con lo anterior, resulta procedente concluir que la misma nunca fue simple intermediaria, toda vez que en virtud de la Ley 50 de 1990, actuó en desarrollo de su objeto social como empresa de servicios temporales, por lo que se encontraba habilitada para enviar a la empresa usuaria los trabajadores en misión necesarios para el desarrollo del objeto contractual pactado.

Finalmente, señaló que el demandante jamás realizó trabajo suplementario en horario nocturno, superior al reportado por la empresa usuaria CONSORCIO ASEO CAPITAL, pues, éste siempre se tuvo en cuenta dentro de la nómina pagada; razón por la cual, y de conformidad con la jurisprudencia, el demandante tiene la carga de la prueba de demostrar de manera fehaciente haber laborado los períodos reclamados y debe así individualizarlos.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, carencia de

norma jurídica, falta de causa, buena fe, prescripción, y compensación (f.º 76-109),

CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. E.S.P., señaló que las pretensiones del demandante son totalmente improcedentes, ya que entre él y esta sociedad nunca existió una vinculación laboral; pues, la prestación del servicio del demandante al Consorcio se dio como consecuencia de la suscripción de un contrato comercial con la empresa de servicios temporales Personal y Servicios oportunos S.A., quien era la verdadera empleadora del demandante, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Indicó, que cualquier declaración respecto del pago de acreencias al demandante deberá hacerse en contra de su verdadera empleadora, resaltando que dentro de sus archivos no existe registro, ni autorización de las supuestas horas extras a las que hace alusión el demandante, razón por la cual, el pago de las mismas es improcedente.

Formuló como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, pago y compensación, falta de título y causa en el demandante, enriquecimiento sin justa causa del demandante, prescripción y buena fe (f.º 141-157).

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS -UAESP-**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, tras argumentar que desconoce los hechos sustento de la misma, así como los medios probatorios que pueda ofrecer el demandante para solicitar de ellas la aplicación de la ley laboral; además, adujo que no ser responsable solidariamente de las supuestas acreencias laborales adeudadas que pueda tener el Consorcio Aseo Capital S.A. con el

demandante, al no presentarse los supuestos del Artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Propuso como excepciones las que denominó falta de legitimación material en la causa por pasiva, por inexistencia de la relación contractual laboral con el demandante; e inexistencia de la solidaridad laboral contemplada en el Artículo 34 del Código laboral respecto de la UAESP (f.º 183-196).

Mediante escrito radicado con posterioridad, la entidad demandada llamó en garantía a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS LIBERTY SEGUROS S.A.** (f.º 241-244), quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas, toda vez que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos no celebró ningún contrato con el demandante, que la haga responsable al respecto; además, formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido (restricción de las pólizas), límite del valor asegurado, extinción de la acción generada por el contrato de seguro y prescripción del mismo, prescripción laboral, y compensación (f.º 382-393).

La **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, fue notificada, pero guardó silencio (f.º 530-531).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 8 de junio de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y **CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. E.S.P.**, vigente entre el 18 de enero de 2012 hasta el 14 de diciembre de 2012, en virtud del cual laboró como conductor de camión recolector de basuras, y devengó como último salario básico la suma de

\$1.220.664; aunado a ello, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas en torno al reconocimiento de trabajo suplementario; y condenó en costas a las demandadas Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P., y Personal de Servicios Oportunos S.A.S. (f.º 861-862).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, apeló parcialmente la sentencia, toda vez que el *a quo* no accedió a lo pretendido frente al reconocimiento de las horas extras laboradas. Adujo, que lo único que ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es que para su reconocimiento, el fallador no deba realizar suposiciones, aproximaciones o conjetura alguna; razón por la cual, la súplica de esta demanda se circunscribe a un número exacto y preciso de horas extras, que son las relacionadas de manera certera, detallada y precisa en los hechos de la demanda; más aún, cuando existe un hecho que no varió durante la ejecución del contrato de trabajo, esto es, que desde el 18 de enero hasta el 17 de diciembre de 2012, el demandante entró a trabajar a las 6 de la tarde y salió de trabajar a las 4 de la mañana del día siguiente.

Señaló, que la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia n.º 28577 del 31 de octubre de 2006, concluyó que un testimonio sirve de prueba, para efectos de establecer el 'quantum' del trabajo realizado; de manera que, en el presente proceso, tal cosa quedó demostrada con la declaración rendida por el Señor Luis Alfredo Gómez y con la prueba trasladada.

CONSORCIO ASEO CAPITAL, solicitó que se revoque la sentencia en lo que tiene que ver con la declaratoria del contrato realidad entre éste y el demandante; al respecto sostuvo que con tal

decisión se deja de lado la reglamentación existente en materia de empresas de servicios temporales y envío de trabajadores en misión.

Señaló, que el Artículo 76 de la Ley 50 de 1990, permite el envío de personal en misión a empresas usuarias, a las que se les delega la subordinación como elemento del contrato, para que éstos le presten sus servicios a las usuarias, incluso los propios de su objeto empresarial, cuando se presentan incrementos en la producción, sin que se exceda el término de un (1) año. Finalmente, solicitó que, al no ser procedente la declaratoria del contrato realidad, tampoco resulta consecuente, la imposición de costas en su contra.

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS -UAESP-**, señaló que el Juzgador de Primera Instancia mezcló las figuras del contratista independiente con la empresa de servicios temporales. Adujo, que si bien 'el Artículo 34 o 35' establece que la consecuencia directa de una indebida tercerización puede ser la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo con la empresa usuaria, lo cierto es que en este proceso, no se puede tomar la prestación personal del servicio del demandante y la subordinación que ejercía sobre él, la empresa usuaria para decretar la existencia de un contrato de trabajo, pues, de conformidad con lo establecido en la Ley 50 de 1990, tal subordinación fue delegada respecto de aquellos trabajadores en misión.

Aunado a ello, señaló, que Personal y Servicios es una empresa de servicios temporales, cuyo objeto social única y exclusivamente es el suministro de personal, así, mediante la figura de intermediación laboral, se permite la vinculación de personal en misión, si se dan unas causales determinadas, tales como incrementos de producción, siempre y cuando no se excedan los términos de contratación, razones por las cuales en el presente proceso no puede declararse la

existencia de un contrato de trabajo con el Consorcio Aseo Capital, más aún cuando la empresa de servicios temporales realizó el pago de salarios, prestaciones, y trabajo suplementario, tal como se acreditó con los desprendibles de pago.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en primer lugar, la Sala verificará si el Consorcio Aseo Capital, fue el verdadero empleador del demandante o si por el contrario, tal calidad se debe predicar de la empresas Personal y Servicios Oportunos; y finalmente, se determinará si hay lugar o no, al reconocimiento y pago del trabajo suplementario supuestamente efectuado por el demandante, y a la imposición de costas a las demandadas.

Así las cosas, la Ley 50 de 1990, en sus artículos 71 y s.s., reguló la existencia de las empresas de servicios temporales, así como las condiciones de contratación y envío de trabajadores en misión a las empresas usuarias, en su artículo 77 previó los casos en los que las usuarias podían contratar con aquellas, para colaborar «*en forma temporal*» con el desarrollo de sus actividades, conforme las siguientes situaciones generales: **i)** para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del empleador; **ii)** para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o en licencia de maternidad; y **iii)** para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosecha, y en la prestación de servicios por un término de 6 meses que puede prorrogarse por otros 6 meses más.

Vencido el plazo máximo previsto en la citada norma, si la empresa usuaria requiere continuar con los servicios del trabajador en misión, debe contratarlos directamente sin que sea dable prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio (artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006), por lo que se tiene que, de contrariar dichas disposiciones, se desvirtúa el servicio temporal, la empresa usuaria tendría la calidad de verdadera empleadora y la E.S.T. de una simple intermediaria.

Las Empresas de Servicios Temporales, fungen como verdaderas empleadoras, con las respectivas obligaciones patronales que la ley les impone, esto es, pago de salario, prestaciones sociales, afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos profesionales, así como la afiliación a cajas de compensación familiar. No obstante, las empresas usuarias ejercen la subordinación jurídica obrando como representante directo del patrono.

Lo primero que habrá de anotarse, es que tal como lo señaló el Juzgador de Primera Instancia, quedó acreditado con las documentales que reposan en el proceso, con los interrogatorios y testimonios rendidos, que el trabajador demandante se vinculó laboralmente con PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S., del 18 de enero de 2012 al 14 de diciembre de la misma anualidad, tiempo durante el cual prestó sus servicios como “trabajador en misión”, para el CONSORCIO ASEO CAPITAL (f.º 112, 167), donde desempeñó el cargo de conductor, y devengó un salario variable, siendo su último salario de \$1.220.664 (f.º 168).

De otro lado, las empresas demandadas en sus contestaciones, aducen que la vinculación del demandante por medio de PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S., se dio con el fin de que colaborase

temporalmente en el desarrollo de sus actividades durante los incrementos de producción de la usuaria, esto es, CONSORCIO ASEO CAPITAL, en virtud de la habilitación dada por el ordenamiento jurídico de conformidad con lo establecido en el numeral 3.º del Artículo 71 de la Ley 50 de 1990; señalan, que tal situación, se encuentra justificada, además, porque entre las mismas se suscribió un contrato comercial para suministro de personal (f.º 158-166); lo cual, no se encuentra acreditado en el plenario, sin embargo, es necesario para ésta Sala de decisión indicar, que no solo por ello se puede concluir que el verdadero empleador del demandante en dicho periodo fue el consorcio demandado, pues, habrá que analizar otros factores con los que se determine si efectivamente dicha situación constituía una mala práctica de provisión de personal a través de una empresa de servicios temporales, realizada por dicha empresa usuaria, o no.

Así las cosas, lo primero que se debe advertir, es que reposan en el expediente, los certificados de existencia y representación legal de las demandadas, donde en el del CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A., se determinó, que su objeto social atiende a lo siguiente (f.º 25 vto.):

“(...) tendrá como objeto principal las siguientes actividades: la prestación de servicios públicos domiciliarios de aseo, Entidades estatales, privadas o mixtas; la programación, organización, prestación, administración, comercialización a industrialización de los mismos, la recolección de los residuos, principalmente sólidos, y las actividades complementarias de transporte, transferencia, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos, manejo, operación y administración de sitios de disposición final de residuos (rellenos sanitarios) y de aprovechamiento de residuos. actividades de recolección, transferencia, transporte, tratamiento y disposición final de residuos patógenos y peligrosos, y limpieza de vías y áreas públicas. (...)”

Al respecto, ha de tenerse en cuenta, que de conformidad con el interrogatorio practicado al demandante, así como con el testimonio del Señor Javier Gómez Villamil, se puede concluir, que la actividad que realizó el demandante durante el tiempo que duró su vinculación, era la de conductor de camiones recolectores de basura, en los cuales realizaba una ruta recolectora de desechos y transportaba los mismos hasta la planta del Consorcio; ajustándose precisamente dicha actividad, al objeto social de la demandada CONSORCIO ASEO CAPITAL, lo cual, constituye una evidente transgresión al Artículo 77 de la Ley 50 de 1990, pues, la misma no es una actividad ocasional, accidental o transitoria, y mucho menos distinta de las actividades del empleador; razón por la cual, la prestación del servicio del demandante por intermedio de PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS, no puede considerarse ajustada a dicha normatividad, por lo que, tal como lo señaló el Juzgador de Primera Instancia, en virtud del principio de la primacía de la realidad, resulta adecuado concluir, que en efecto, el verdadero empleador del demandante fue el CONSORCIO ASEO CAPITAL, y no, la empresa de servicios temporales; razón por la cual, habrá de **confirmarse** la sentencia apelada en este aspecto.

Ahora bien, frente a lo pretendido por concepto de horas extras presuntamente laboradas por el demandante, resulta correcto indicar, tal como lo adujo el *a quo*, que no hay lugar a proferir condena por dicho concepto, por cuanto, dentro del expediente no se evidencia prueba alguna de la ejecución de las horas que pretende el actor que le sean reconocidas, presupuesto indiscutiblemente necesario para la prosperidad de tal pedimento.

Lo anterior, aunado a que, contrario a lo manifestado por el apelante, tal prestación personal del servicio, del 28 de enero de 2012 al 14 de diciembre de la misma anualidad, en el horario de 2:00 a.m.

a 4:00 a.m., no quedó probada ni con los testimonios practicados, ni con la prueba trasladada que obra en el expediente, pues, específicamente, respecto del testimonio del Señor Luis Alfredo Gómez, ha de tenerse presente, que el mismo asimila su situación con la del aquí demandante por ostentar el mismo cargo y realizar las mismas funciones que él, y justifica en ello su conocimiento respecto del horario de salida del demandante y la realización de horas extras, y en que “esa es la verdad”, empero lo anterior, tales afirmaciones no arrojan convencimiento a ésta Sala de decisión, más aún cuando no hay precisión en las mismas, ni otros testimonios coincidentes, pues, el rendido por el señor Luis Antonio Vargas no puede ser tenido en cuenta, toda vez que no trabajó con el demandante para el año 2012; ni tampoco, pueden ser respaldo de la misma los interrogatorios rendidos por los representantes legales de las aquí demandadas en el proceso ordinario laboral con radicado n.º 110013105-007-2014-00777-00, ya que en dicha oportunidad todo atendió a la situación que ostentó el señor Narciso Moreno con las aquí demandadas, y todas las preguntas estuvieron relacionadas con su situación específica, por lo que los mismos no pueden demostrar la realización de horas extras por parte del aquí demandante Jaime Beltrán.

En consecuencia, toda vez que no se cuenta en el proceso con ninguna otra prueba que permita establecer de manera fehaciente la prestación personal del servicio del demandante en jornada adicional a la pactada, y en oportunidades diferentes a las que fueron pagadas por PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS, de conformidad con los desprendibles que reposan en el expediente, no habrá lugar a acceder a lo pretendido, y se **confirmará** también en este aspecto, la sentencia apelada.

Finalmente, frente a la imposición de costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General

del Proceso, numeral 1.º del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del C.P.T. y S.S. dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio, o a quien se le resuelvan desfavorablemente los recursos de apelación, casación o revisión que haya interpuesto.

Ahora bien, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor, el derecho a que le sean reintegrados los gastos procesales.

Por su parte, el artículo 366 numeral 4.º *ibídem*, dispone que: *«para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas».*

A su turno, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo n.º 10554 de 2016, en los que se fijan los parámetros para la fijación de las agencias en derecho en los procesos declarativos y ejecutivos.

Así las cosas, atendiendo el marco normativo citado y en consideración a que en este proceso la parte demandada fue vencida en juicio, en efecto, las costas debían correr a cargo de este extremo procesal, razón por la cual, es claro que también hay lugar a **confirmar** la providencia apelada en este aspecto, en virtud de lo anteriormente expuesto.

Sin costas en la instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

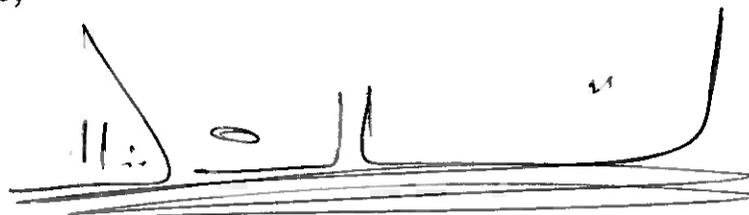
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de junio de 2021, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose a los términos previstos en el Artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GUILLERMO SIERRA BARRENECHE** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., ASESORES EN DERECHO S.A.S, FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** como vocera y Administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA.**

EXP. 11001 31 05 012 2016 00495 02

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, contra la sentencia proferida el 26 de enero de 2021, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare que la pensión plena y voluntaria de jubilación se liquidó erróneamente, y como consecuencia de ello, que se efectúe la reliquidación de la primera mesada pensional aplicando un límite de 20 SMLMV para el año 1997, esto es, en \$3.440.100, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 35 y 18 de la Ley 100 de 1993; que se condene a la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café al pago de la diferencias dejadas de cancelar desde noviembre de 1997, hasta la ejecutoria de la sentencia con las primas de junio y diciembre, indexadas anualmente, y que transfiera los fondos necesarios a FIDUPREVISORA S.A., como administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, para efecto de cubrir su mesada pensional.

Así mismo, solicitó que se condene a FIDUPREVISORA, como administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, realizar los pagos correspondientes de la mesada a la que tiene derecho, asumiendo la diferencia que surja entre la pensión que deberá reconocer COLPENSIONES y la pensión plena de jubilación. Por otro lado, que se condene a COLFONDOS S.A., a realizar el traslado a COLPENSIONES de los fondos cotizados en esa entidad, derivados de la rentabilidad generada sobre las cotizaciones antes descritas y mantenidas erróneamente por COLFONDOS; que se ordene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez compartida, liquidada con los últimos 10 años de cotizaciones que debió hacer a COLPENSIONES la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., y posteriormente, la Fiduciaria PREVISORA S.A., como administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 22 de febrero de 1943; en el año 1964, se vinculó laboralmente a la Flota Mercante Grancolombiana, propiedad de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. hasta 1975, cuando renunció voluntariamente a su cargo, período en el que su empleadora no cotizó a pensiones; entre 1975 y 1980, trabajó para la empresa Estanco n.º 1 Ltda., y cotizó al Instituto de Seguros Sociales; que posterior a ello, trabajó para Agropecuaria la Arenosa Ltda., realizando los aportes a pensión en la entidad antes mencionada; entre 1980 y agosto de 1991, trabajó para la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., inicialmente como ingeniero en los buques, y posteriormente, como ingeniero de Puerto en Nueva York, Estados Unidos, empresa que asumió sus riesgos de invalidez, vejez y muerte al no haber cotizado a ninguna administradora de fondos de pensiones.

Agregó, que luego de esa época, fue trasladado a Bogotá D.C., con la misma compañía para suscribir un nuevo contrato de trabajo, para asumir el cargo de Gerente de Administración de Buques, lo que se mantuvo vigente hasta el 15 de octubre de 1997, data para la cual devengó \$6.500.000 como salario integral; entre septiembre de 1991 y abril de 1995, cotizó para los riesgos de I.V.M. ante el extinto I.S.S., mientras que en mayo de 1995, se trasladó a COLFONDOS S.A., por tanto las cotizaciones efectuadas por su empleadora, se hicieron a este último fondo.

Manifestó, que mediante acta de conciliación n.º 33 terminó de manera mutua el contrato de trabajo con la extinta Compañía Flota Mercante S.A., quien además allí le reconoció y pagó la pensión de Jubilación plena con una mesada pensional inicial de \$2.580.075 correspondiente a 15 SMLMV para el año 1997, pues según el Decreto 2334 de 1996 el SMLMV ascendía a \$172.005, exonerándole de los requisitos de edad y tiempo de servicios para adquirir el derecho a

percibir una pensión de jubilación, pero le reconoció que era beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y como le eran aplicables las normas del régimen anterior, la empleadora se comprometió expresamente a continuar cotizando para los riesgos de I.V.M., hasta cuando cumpliera los requisitos exigidos por el I.S.S. para otorgar la correspondiente pensión de vejez, siendo de cuenta de la empleadora, el mayor valor si lo hubiere entre la pensión reconocida por la compañía y la legal de vejez.

Adujo, que con base en lo anterior, mediante Resolución n.º 26 del 26 de noviembre de 1997, la extinta Compañía de Inversiones Flota Mercante S.A., procedió a reconocer la pensión de jubilación plena en cuantía inicial de \$2.580.075, y reiteró lo atinente a la compartibilidad con la pensión legal de vejez que más adelante le fuera reconocida; sin embargo, ha recibido sus mesadas con el límite de 15 SMLMV, establecido en el artículo 2.º de la Ley 71 de 1998.

Que a mediados de 1990 hasta el año 2001, se suspendieron los pagos de las mesadas adicionales a cargo de la extinta compañía de inversiones de la Flota Mercante S.A., y a través de la sentencia SU-1023-2001, la Honorable Corte Constitucional ordenó a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del fondo nacional del café, poner a disposición los dineros suficientes a efecto del pago de las mesadas pensionales; así mismo, por medio de auto n.º 400-10928 de agosto de 2012, la Superintendencia de Sociedades declaró terminado el proceso de liquidación obligatoria de la compañía de inversiones de la Flota Mercante S.A. (págs.. 172 y ss archivo 01).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 24 de noviembre de 2016, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 155 – pág. n.º 194 archivo 01 – exp. digital).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Alegó en su favor, que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar de sustento factico y legal. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, y buena fe (f.º 176-178 exp. físico – págs. 628-636 archivo 1).

LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del Fondo Nacional del Café, se opuso a las pretensiones del actor y que no le constan los hechos de la demanda; Expresó, que el actor tenía reconocida una pensión de jubilación voluntaria a través del acta de conciliación n.º 3 suscrito con la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, afirmando que el demandante no cumplía con los requisitos para obtener la pensión de jubilación del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo; por otro lado, adujo que no existe presunción legal de responsabilidad subsidiaria entre el actor a excepción de un elemento por lo que manifestó que se deberá demostrar las demás pretensiones incoadas

Propuso la excepción previa de falta del Litis consorcio necesario que fue declarada parcialmente probada en su oportunidad; y también propuso las de mérito denominadas: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa, prescripción, buena fe, falta de causa para pedir, enriquecimiento sin justa causa, pago y compensación y cosa juzgada (f.º 257 y ss - págs.. 341-381 archivo 01, págs.. 127-213 archivo 2).

COLFONDOS S.A., también se opuso a las pretensiones del actor, manifestando que las mismas no van dirigidas a la entidad. Por otro lado, adujo que el demandante haciendo uso de su libertad realizó el traslado al régimen de ahorro individual haciéndose efectivo,

y una vez se conoció la existencia de la pensión compartida, procedió a trasladar los aportes a Colpensiones.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación en cabeza de COLFONDOS, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción y caducidad (f.º 521 y ss exp físico – págs. 637-648 archivo 1).

En relación con la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** como vocera y administradora del patrimonio autónomo **PANFLOTA**, se tuvo por notificada por conducta concluyente, sin embargo, se declaró no contestada la demanda, a pesar de haber allegado escrito (págs. 245-249, 269-270 archivo 1, pág. 107 archivo 2), decisión frente a la cual no hubo reparo alguno.

Mediante providencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en audiencia del 16 de mayo de 2018 (archivo 4), fue resuelto recurso de apelación interpuesto en diligencia del 9 de abril de 2018, por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, en la que se incluyó en la litis a la sociedad **ASESORES EN DERECHO S.A.S.** como mandataria con representación con cargo al patrimonio autónomo **PANFLOTA** (págs.. 265, 266, 291 archivo 2), quien contestó la demanda, y se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor.

Dicha sociedad, indicó que al demandante no le asiste el derecho al reconocimiento y pago del cálculo actuarial o bono pensional debido a que la compañía de INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE – PANFLOTA liquidado, no dejó activos que suplieran cualquier tipo de obligación, porque no contaba con los recursos necesarios. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación de reliquidación de la mesada pensional debido al cumplimiento de acuerdo

conciliatorio y la normatividad aplicable, cosa juzgada, inexistencia de la obligación de la indexación de la primera mesada pensional de los ex trabajadores de la CIFM liquidada, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y oposición a la condena en costas y los presuntos irrogados al demandante (págs. 303-325, 329-375 archivo 2).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (págs. 196 archivo 01).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 26 de enero de 2021, condenó al PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA cuyo vocero y administrador es FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., y de forma subsidiaria a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA a reliquidar el monto de pensión del demandante, reconocida en Resolución n° 026 de 1997, en suma inicial de \$3.440.100, que a 2013 asciende a \$10.318.964, por virtud de la prescriptibilidad y a cancelar las diferencias dejadas de percibir incluidas las mesadas de junio y diciembre, desde el 8 de septiembre de 2013, en adelante, con los respectivos reajustes anuales.

Absolvió a ASESORES EN DERECHO, a COLFONDOS y a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el actor; declaró no probadas las excepciones formuladas por la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y el PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA, cuyo vocero y administrador es FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.; declaró probadas las excepciones formuladas de petición antes de tiempo por Colpensiones, la de inexistencia de la obligación propuestas por

COLFONDOS, y Asesores en Derecho como mandataria con representación de PANFLOTA, y condenó en costas a PANFLOTA y a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS

En lo que interesa a la alzada, motivó lo decidido en que si bien inicialmente la Sala de Casación Laboral, señaló que el determinar el estatus pensional de una persona de carácter imprescriptible más no lo que tenía que ver con la determinación de los factores salariales pues ello sí era objeto de prescripción por los elementos que componían los haberes pensionales, lo cierto es que esta postura fue reevaluada de conformidad con la sentencia proferida SL8544-2016, en donde se manifestó que el incremento de los factores que componen el haber salarial, ahora es imprescriptible, por lo que en este caso, a pesar de que la pensión le fue reconocida al actor en el año 1997, su composición salarial puede ser objeto de estudio y de prescripción.

Tomó en cuenta la liquidación de prestaciones sociales a folio 39, que demuestra la indemnización que se tuvo para efectos de la oferta y el salario devengado por el actor quien prestó sus servicios hasta el 15 de octubre de 1997, el cual ascendía a la suma de \$6.500.000, que como su pensión de jubilación era el 75% de ese salario, el valor de la pensión era de \$4.875.000, pero de conformidad con el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, el tope de la pensión no puede trascender a más de 20 SMLMV de la época (\$3.440.100), sin embargo, el demandante fue pensionado sobre la base límite de 15 SMLMV (\$2.580.075) de conformidad con el artículo 2.º de la Ley 71 de 1988, mientras que lo correcto era aplicar la Ley 100 de 1993, de ahí que exista una diferencia para reconocer en favor del demandante, a partir del 8 de septiembre de 2013, por virtud de la prescripción tomada desde la fecha de presentación de la demanda (8 de septiembre de 2016), ya que no hubo reclamación previa alguna.

Manifestó, que la Federación Nacional de Cafeteros es responsable subsidiariamente, de conformidad con artículo 148 de la ley 222 del año de 1995, vigente para la época del reconocimiento pensional, hoy el artículo 61 de la Ley 1.º de 2006, y que según la jurisprudencia con efecto inter comunis, la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante es subordinada de la mencionada Federación, quien funge como matriz, y para ello trajo a colación la sentencia SL1973-2019. Agregó, que quien está pagando la pensión del demandante es el Patrimonio Autónomo PANFLOTA, y de carecer de recursos esta entidad, la responsabilidad recaía directamente sobre la Federación, debido a la subordinación que esta tenía ante la Flota mercante.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, como administradora del Fondo Nacional del Café, argumentó que no se tuvo en cuenta que la pensión que actualmente devenga el demandante se originó en una conciliación, legítima, válida, consensuada y voluntaria celebrada entre el trabajador y el empleador, por ende, no se puede desnaturalizar, asimilando su reconocimiento al de una pensión legal, máxime cuando incluso para la época, el demandante no cumplía con los requisitos mínimos legales para tal efecto, como por ejemplo, con el supuesto de la edad; por ende, fue válido el haber estipulado el monto en el que su empleador reconocía la prestación, sin que el demandante hubiera mostrado reparo alguno, aunado a que se pactó la compatibilidad para dejar garantizado el acceso a una prestación de las que otorga el sistema general de pensiones, al momento en el que el trabajador reuniera los requisitos correspondientes.

Agregó que no resulta viable declarar que dicha entidad es responsable subsidiariamente de las condenas, pues considera que vulnera el principio de la congruencia establecido en el artículo 281 del Código General del Proceso, y el *a quo* no puede utilizar las facultades ultra y extra petita para auspiciar la imposición de condenas fundamentadas en fórmulas de imputación de responsabilidad que no fueron soportadas por el demandante en su escrito de demanda, máxime cuando no se discutió en juicio la responsabilidad solidaria; en todo caso, la sentencia SU1023-2021, no puede ser tenida en cuenta como fuente de obligaciones a su cargo, ni para configurar una responsabilidad solidaria, porque la Corte Constitucional, impuso órdenes de carácter temporal e indicó a los beneficiarios de la sentencia, que debían instaurar ante las autoridades pertinentes, los respectivos procesos para establecer la responsabilidad frente a las obligaciones, lo cual no hizo el aquí demandante y trae a colación el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado n.º 1307 del 15 de febrero de 2001.

Finalmente, adujo que en caso de que se confirmara la condena, se autorice los descuentos relativos a las contribuciones en el pago del sistema de seguridad social en salud, respecto de las mesadas del demandante.

Por su parte, **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, expresó que la cláusula 2ª y 4ª del contrato de fiducia mercantil, estableció que las obligaciones de PANFLOTA están afectadas única y exclusivamente para el pago de mesadas pensiones, aportes en salud y contingencias jurídicas que le sean entregadas expresamente y atiende los gastos necesarios para cumplir esos objetivos, siempre y cuando, el mandatario con representación, expida el acto administrativo por medio del cual se reconozca alguna prestación y posteriormente la

Federación Nacional de Cafeteros gire los recursos a PANFLOTA; por ende, no se puede extender a las condenas impuestas, relacionadas con una reliquidación pensional y el pago de diferencias pensionales; de manera que es la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, quien debe responder por las condenas, en virtud de la responsabilidad subsidiaria que se llegare a declarar; por tanto, solicitó su desvinculación.

Por último, aun cuando **ASESORES EN DERECHO S.A.S.**, interpuso recurso de apelación, el *a quo* no lo concedió teniendo en cuenta que no hubo ninguna condena en su contra, por ende, no tiene interés jurídico directo para apelar, decisión respecto de la que una vez notificada en estrados, se guardó silencio.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A del CPTSS, la Sala verificará determinar por cuestiones de método en primer lugar, si es viable imponer el límite establecido en los artículos 18, parágrafo 3.º, 35 parágrafo 1.º de la Ley 100 de 1993, el primero reglamentado por el artículo 2 del Decreto 314 de 1994 – vigente para el momento de la desvinculación del demandante (16 de octubre de 1997), a la pensión plena de jubilación, que le fue reconocida al actor mediante acta de conciliación n.º 33 y la Resolución n.º 26 ambas de 1997, para efectos de aumentar el monto de la mesada pensional, o si por el contrario, debe mantenerse el establecido en el artículo 2.º de la Ley 71 de 1988. En caso, de proceder el primer aspecto, de estudiará si hay lugar a conceder la autorización para descontar lo atinente a los aportes a seguridad social en salud. Posteriormente, se establecerá lo atinente a la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros y la de la Fiduciaria La Previsora S.A.

En este asunto, encuentra probado la Sala que el demandante y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., antes Flota Mercante Grancolombiana S.A., suscribieron el 16 de octubre de 1997 una conciliación n.º 33 ante la Inspección n.º 12 de la Regional de Bogotá del Ministerio de Trabajo, con el fin de, entre otras cosas, liquidar las prestaciones sociales con base en un salario integral de \$6.500.000, terminar por mutuo acuerdo la última vinculación laboral que sostuvieron las partes, reconocerle una «*pensión de jubilación plena*» a partir de la misma fecha de firma del documento, en cuantía de \$2.580.075 mensuales con los incrementos de ley, hasta cuando el I.S.S. le reconozca la pensión de vejez, siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el I.S.S. y la que se le venía cancelando al pensionado, teniendo en cuenta que el trabajador no reunía los requisitos legales para una pensión de jubilación, que es beneficiario del régimen de transición y que se le deben efectuar únicamente los descuentos atinentes a seguridad social en salud (págs.. 35-40 archivo 1).

El reconocimiento de la mencionada pensión, se materializó con la expedición por parte de la Compañía de Inversiones de La Flota Mercante S.A., de la Resolución n.º 026 el 26 de noviembre de 1997, en la cuantía indicada y a partir de la fecha reseñada (págs.. 44, 45 archivo *idem*).

De conformidad con el Decreto n.º 2334 de 1996, el salario mínimo legal mensual vigente para el año 1997, fue de \$ 172.005, por ende, dicha suma multiplicada por 15 nos arroja un monto equivalente a la mesada que el demandante devengó para el año 1997, es decir, \$2.580.075 mensuales.

Al respecto, se debe advertir que en relación con el tope mínimo y máximo de las pensiones, vigente para aquella data, se encontraba

vigente la Ley 100 de 1993, en su artículo 18 parágrafo 3º, que eliminó el límite máximo de los 15 salarios mínimos legales, impuesto por la Ley 71 de 1988 artículo 2.º, al establecer que *“Cuando el Gobierno Nacional limite la base de cotización a veinte (20) salarios mínimos, el monto de las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida no podrá ser superior a dicho valor”*, limitación que el ejecutivo llevó a cabo con la expedición del Decreto 314 de 1994 en cuyo artículo 2.º, se determinó que: *“En desarrollo del parágrafo tercero del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, el monto de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, para los afiliados al régimen solidario de prima media con prestación definida, no podrá ser superior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales”*.

Además, el artículo 35 de la citada Ley 100, ratificó el tope mínimo al estipular que *“El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente”*, y adicionalmente en su parágrafo consagró que *“Las pensiones de jubilación **reconocidas con posterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1992 no estarán sujetas al límite establecido por el artículo 2º de la Ley 71 de 1988**, que por esta ley se modifica, (salvo en los regímenes e instituciones excepcionadas en el artículo 279 de esta ley)”* (resalta la Sala), donde el texto entre paréntesis fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-089 del 26 de febrero de 1997.

Así las cosas, descendiendo al caso en particular del demandante, su derecho a la pensión de jubilación plena se consolidó en vigencia de la Ley 100 de 1993, precisamente el parágrafo del artículo 35, inaplica por mandato legal el tope previsto en el artículo 2.º de la Ley 71 de 1988, del límite máximo de los 15 salarios mínimos legales, máxime cuando la norma no discrimina los tipos de pensiones a que se refiere, por tanto, dentro de ellas pueden incluirse las convencionales que se remiten a la ley para establecer los topes máximos de su cuantía, u otras referentes a otros sistemas de pensiones (CSJ SL, 17 feb. 2009 rad. 33536), por ende, considera la Sala que ello también procede, en tratándose de pensiones de

jubilación plenas concedidas a través de pacto conciliatorio, como ocurre en el presente caso.

La Sala de Casación Laboral, al estudiar casos de contornos similares al *sub lite*, y en contra de la misma empleadora del aquí demandante, tuvo la oportunidad de interpretar el aludido párrafo del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, y estimó que la prerrogativa allí contenida, era aplicable a toda clase de pensiones legales otorgadas incluso con anterioridad al sistema de seguridad social integral, siempre y cuando se satisfaga la condición de ser concedidas luego de la vigencia de la Ley 4.^a de 1992, porque precisamente el tope de 15 salarios mínimos establecido en la Ley 71 de 1988, fue derogado para toda clase de pensiones legales (CSJ SL, 11 jul. 2002 rad. 16935, reiterada en SL, 6 ago. 2002 rad. 17929, SL, 17 feb. rad. 33536, SL, 11 marz. rad. 31558, todas de 2009, SL, 6 marz. 2012 rad. 39953, SL6154-2015).

De ahí que, procede la reliquidación reclamada, y por ende se **confirmará** en este aspecto la sentencia del *a quo*, que limitó el de la mesada inicial al tope de veinte (20) salarios mínimos vigentes para el año 1997, y que como consecuencia de ello, ordenó el valor de la diferencia entre lo que se reconoce judicialmente y lo que la accionada hubiera cancelado. Sin embargo, en este punto, habrá de **adicionarse** el numeral **cuarto** de la sentencia, en el sentido de autorizar que se efectúen los descuentos atinentes al subsistema de salud, para que lo transfiera a la entidad administradora de salud a la que el demandante haya sido afiliado (inciso 2.º del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, inciso 3.º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, y CSJ SL12753-2014).

Ahora, en relación con la responsabilidad de la Federación Nacional de Cafeteros y de la Fiduciaria La Previsora S.A., se tiene

que aun cuando no existe una pretensión en estricto sentido que vaya encaminada a verificar la responsabilidad subsidiaria que más adelante se verá, tiene la Federación Nacional de Cafeteros respecto de las obligaciones que como empleadora le compelian a la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, de una interpretación amplia del libelo introductor, se puede verificar sin duda que el querer del demandante, es que sus pretensiones sean cubiertas tanto por la Fiduciaria La Previsora S.A., en calidad de administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, como por Asesores en Derecho S.A.S., al ser mandataria con representación con cargo a dicho patrimonio, y así mismo, por la Federación Nacional de Cafeteros en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café, y con base en lo establecido en el auto n.º 400-010509 del 7 de junio de 2013, proferido por la Superintendencia de Sociedades, en el contrato de mandato n.º 9264-001-2014 suscrito por la Fiduprevisora S.A., en el fallo de tutela proferido por el Consejo de Estado dentro del expediente 2013 00627, y en la Resolución n.º 41 del 2 de marzo de 2015, expedida por Asesores en Derecho S.A.S., en cumplimiento del mencionado fallo de tutela.

Adicional a lo dicho, el fallo del *a quo* no vulnera el principio de la congruencia, pues no es cierto que la Federación apelante no hubiera podido presentar argumento de defensa alguno, en relación con su responsabilidad frente a obligaciones de seguridad social, pues nótese que en la contestación a la demanda se opuso a las pretensiones y una de sus demostraciones expuestas en dicho escrito es que si bien administra la cuenta especial del Fondo Nacional del Café, con naturaleza parafiscal, es el Ministerio de Hacienda con la participación del gremio caficultor, quien determina a través del contrato de administración suscrito con La Nación, la forma en que se administrarán tales recursos, por lo que sostuvo, no se puede argumentar la existencia de una situación de control entre dicha

cuenta sin personería jurídica y una sociedad anónima de naturaleza comercial, así que consideró, que cualquier eventual responsabilidad subsidiaria no puede ser imputable a una cuenta especial sin personería jurídica, ni a su administradora, quien actúa en los términos del contrato suscrito y las directrices impartidas por el Órgano Director, es decir, el Comité Nacional de Cafeteros; como se observa, la misma Federación hizo alusión al tema del que hoy pretende apartar la vista.

De ahí que, no le asiste razón a la apelante en este punto, pues incluso estos aspectos fueron abordados por las otras demandadas como Colpensiones, Fiduciaria La Previsora S.A., y Asesores en Derecho S.A.S., en sus contestaciones a la demanda inicial; el hecho de que a estas alturas procesales, la Federación Nacional de Cafeteros considere que se quedó corta en los argumentos y pruebas que expuso a lo largo del debate probatorio al ejercer su defensa, es una cuestión totalmente distinta y ajena a una presunta vulneración a sus derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso, que aquí en realidad de verdad, no se observa en modo alguno.

Así las cosas, se observa que mediante Auto 400-010928 del 28 de agosto de 2012, la Superintendencia de Sociedades de Bogotá, declaró extinguida la persona jurídica Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. En Liquidación Obligatoria; y que mediante contrato de fiducia mercantil n.º 3-1-1-0138 celebrado entre la citada empresa (CIFM), y la Fiduciaria La Previsora S.A., para la administración del Patrimonio Autónomo PANFLOTA se acordó como parte de las obligaciones la administración del pasivo pensional y las contingencias jurídicas en curso.

Por otra parte, acerca de la condición de sociedades matriz y subordinada, importa destacar que, los artículos 260 y 261 del

Código de Comercio, subrogados por los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995, prevén que una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante.

Así las cosas, según lo normado en el párrafo del artículo 148 de la misma preceptiva, pesar de que había sido derogado el título II de la mencionada Ley, por el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, si se encontraba vigente para la época en que se ordenó la liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., *“Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente”*.

Presunción legal, que admite prueba en contrario; siendo claro, que la carga de ésta radica en cabeza de la sociedad matriz o controlante, quien debe acreditar que la situación de concordato o liquidación obligatoria, de la empresa subordinada o controlada, se produjo por causa distinta a las enunciadas en la norma.

Lo que se acompasa con el criterio expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 1997, donde señaló que de acuerdo con el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, existe una presunción legal de *“responsabilidad subsidiaria de la entidad matriz o controlante frente a las obligaciones que adquiera la sociedad subordinada”*, presumiéndose que la situación de concordato o liquidación acaeció por causa de la sociedad matriz o controlante, cuyas decisiones buscaban el beneficio propio, aún en

contra de los intereses de la sociedad subordinada, precisamente, por el control que ejercía la primera sobre la segunda; y en la que a su vez, se explicó que no se trata de un tipo de responsabilidad principal sino subsidiaria, entendida esta como que *“la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada”*.

En tal sentido, se advierte que la calidad de empresa matriz o subordinante de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, respecto de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., se extrae de la comunicación del 29 de abril de 1998, oportunamente anotada en el registro mercantil, en virtud de la cual se informó a la Cámara de Comercio de Bogotá, que *“en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café y con recursos de éste como matriz, se ha configurado una situación de control con la sociedad de la referencia”*, esto es, con extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A..

De lo anterior, se tiene que contrario a lo afirmado en la alzada era del resorte de la Federación acreditar que en efecto la liquidación de su subordinada no fue atribuible a sus acciones y decisiones como matriz, situación que se encuentra desprovista de respaldo probatorio en el plenario.

Ello, por cuanto que con *“Estudio sobre la viabilidad económica y financiera de la Flota Mercante Grancolombiana y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana”*, que obra en el cuaderno 2.º, considera la Sala que no es viable relevarse de cualquier responsabilidad con fundamento en una decisión gubernamental anterior a su adquisición de la mayoría accionaria de la C.I.F.M., y que adicionalmente, sólo afectó el negocio naviero que no fue asumido por esta nueva empresa, ya que el mismo estudio indica que en el año

1997, la Flota Mercante Grancolombiana abandonó la prestación del transporte marítimo y, paralelamente al ingreso de la Federación Nacional como accionista mayoritaria, se transformó en la C.I.F.M. con el objeto de concentrar su actividad económica en la administración de inversiones que le reportaran utilidades a partir de ese instante.

Pese a que en el referido estudio, se indica que la terminación de la reserva de la carga fue uno de los factores que acentuó el decrecimiento en los ingresos operativos, esto no fue el único ni el determinante de la liquidación de la sociedad, pues incluso durante los 13 años precedentes a la abolición de aquella prerrogativa (1979 – 1991), la participación de la Flota Mercante Grancolombiana en el comercio exterior de Colombia fue disminuyendo progresivamente, debido a otros factores como la devaluación del peso frente al dólar, la reducción de las tarifas de los fletes internacionales y el auge del transporte multimodal frente a la precariedad de su flota, lo cual conllevó inclusive, a que el comercio exterior del país creciera en la misma medida que el volumen movilizado por la Flota Mercante Gran Colombiana disminuía, pese a la existencia de la reserva de carga.

Así mismo, se refiere entre las diversas causas de la liquidación de la C.I.F.M., algunas inversiones o decisiones que no produjeron los resultados esperados por ésta en materia de capitalización, correspondientes a: **i)** la asunción de las pérdidas generadas por la empresa Transportación Marítima Gran colombiana (TMG), a la cual se adhirió como socia minoritaria (40%) tras reformar sus estatutos y abandonar la actividad de transporte marítimo; **ii)** la negativa de su accionista principal (FNCC) a las soluciones de inversión y capitalización propuestas en el año 1998, para en su lugar, privilegiar la capitalización del Banco Cafetero con recursos del Fondo Nacional del Café; **iii)** el retardo en la venta de las acciones de ACES S.A., por

circunstancias ajenas a la C.I.F.M., cuya compra oportuna por un inversionista extranjero se vio frustrada, y; **iv)** el apoyo económico dado por la C.I.F.M. a algunas de sus empresas subsidiarias, pertenecientes al grupo de transporte multimodal que existía antes de su renuncia al transporte marítimo, y que no le reportaron utilidades a partir de su transformación en una Compañía de Inversiones.

De esta manera, queda evidenciado que la eliminación por mandato legal de la reserva de carga, además de ser un hecho anterior al ingreso de la Federación Nacional de Cafeteros como socio mayoritario de la C.I.F.M., ni siquiera es la causa que generó el descalabro económico de esta última, pues se considera que al contar aquella con el 80% de la propiedad accionaria de la C.I.F.M., ello le significó asumir una representación mayoritaria en su Junta Directiva, y por ende, controlar el poder decisorio de ese órgano conforme a lo establecido en el artículo 437 del Código de Comercio, por lo que las consecuencias favorables o adversas en materia económica de los actos ejecutados por la C.I.F.M., son imputables a la Federación Nacional de Cafeteros por vía de acción u omisión.

Ahora bien, no se debe pasar por alto lo que la Corte Constitucional, en sentencia SU-1023 de 2001, adujo:

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

Por lo explicado hasta aquí, resulta suficiente para concluir que hay lugar a confirmar la decisión de primer grado en cuanto declaró

la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, como administrador del Fondo Nacional del Café, lo cual también se acompasa con lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL153310-2014, SL471 y SL1973 ambas de 2019.

Por último, respecto de la apelación de Fiduprevisora S.A. en relación con su responsabilidad, es de advertir que de acuerdo con el Contrato de Fiducia que se anexó al plenario, se observa que el objeto de este no escapa a la condena que aquí se impone por concepto de reliquidación de la mesada pensional del demandante y sus consecuentes diferencias entre lo pagado y lo dejado de pagar que por vía judicial se ordena, habida consideración que el patrimonio autónomo que nació como consecuencia del encargo fiduciario sólo puede ser destinado para el pago de mesadas pensionales y contingencias jurídicas que de manera expresa se hubieran entregado a la fiduciaria. En la cláusula segunda del contrato de fiducia, el objeto quedó pactado de la siguiente manera: *“El objeto del presente contrato es la constitución de un PATRIMONIO AUTÓNOMO Por parte de la fiduciaria el cual se denominará Fideicomiso “PANFLOTA” con los recursos y bienes que le sean transferidos por el FIDEICOMITENTE al momento de la celebración del presente contrato, y los recursos que posteriormente le sean transferidos acorde con lo descrito en el presente contrato, con el fin de que la FIDUCIARIA administre tales recursos y los destine al pago de las mesadas pensionales a cargo de la FLOTA, administre la contingencias jurídicas que le sean entregadas, y atienda los gastos necesarios para cumplir estos objetivos”*.

A su turno, de conformidad con la cláusula cuarta del contrato, atendiendo al objeto contractual así acordado, la obligación expresa que surgió en cabeza de la fiduciaria se ciñó al pago de mesadas pensionales a los pensionados de la Compañía de Inversiones Flota Mercante S.A., de modo que sí puede hacerse extensiva al pago de la reliquidación pensional que aquí se confirma, y la única modificación que se introdujo con el otro sí, consistió en que el patrimonio

autónomo constituido, también estaría destinado al pago de aportes de salud a las E.P.S..

En los términos anteriores quedan estudiados los recursos de apelación interpuestos por las demandadas.

Costas en esta instancia a cargo de las apelantes, para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma de \$800.000.00, a cargo de cada una y en favor del demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **cuarto** de la sentencia apelada en el sentido de autorizar efectuar el descuento por aportes a salud, con destino a la E.P.S. a la cual se encuentre afiliado el demandante, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Se **CONFIRMA** en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de las apelantes, para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma de \$800.000.00, a cargo de cada una y en favor del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente híbrido: <https://etbcsj->

my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Etq8roQ7jlpJpP0tN7xS580BmoB7mjfc5tkTMxlQn160RQ?e=hS8n2c



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **RUTH TERESA RAMOS CASTELLANOS** contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A., OLD MUTUAL S.A**

EXP. 11001 31 05 022 2018 00078 01.

Bogotá D.C., Veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 22 de julio de 2021, por el Juzgado 22.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a PORVENIR S.A., al ser inducida al error por parte de la A.F.P., por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa; en consecuencia, COLPENSIONES debe recibirla, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, por lo tanto, PORVENIR S.A., debe trasladar todo sus aportes a la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES. (Archivo 01 expediente, pág. 43). Así mismo, que se condene a la A.F.P. PORVENIR S.A., el pago de las costas procesales y agencias en derecho causadas en el proceso.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 26 de julio de 1962; consignó en el extinto I.S.S. desde el 28 de septiembre de 1990, y que el 27 de noviembre del 2006, firmó el formulario de afiliación ante la administradora de pensiones PORVENIR S.A.

Afirmó, que la A.F.P. PORVENIR S.A., no le brindaron una información de las ventajas y desventajas de cotizar en un fondo privado, así mismo, nunca le hicieron una simulación del monto pensional que obtendría a futuro; añadió, que el 3 de agosto de 2017, solicitó ante COLPENSIONES el traslado de régimen, pero dicha solicitud fue negada por la entidad.

Aseveró, que la demandante labora en el servicio del Banco de Bogotá con unos ingresos mensuales de \$6.500.000, y aseveró, que su mesada pensional en el fondo privado de PORVENIR S.A., sería equivalente a un salario mínimo.

Por lo tanto, afirmó que su mesada pensional no sería justa con los ingresos que gana, agregó que es cabeza de familia de 3 hijos que dependen solamente de ella (Archivo 01 expediente, pág. 41)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 23 de marzo de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 01 expediente, pág. 71-72).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción de la obligación labores de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica (Archivo 01 expediente, pág. 79-93).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, innominada o genérica (Archivo 01 expediente, pág. 137-165).

SKANDIA S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones de fondo prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago, genérica (Archivo 01 expediente, pág. 221-245)

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 01 expediente, pág. 187-189).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 17 de julio de 2021, declaró la ineficaz de la afiliación o traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual; en consecuencia, ordenó a PORVENIR S.A., trasladar a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES todos los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, y gastos de administración, y absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, y condeno en costas a la demandada PORVENIR S.A., y OLD MUTUAL S.A, en la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una. (Archivo 01 expediente, pág. 352-353).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento que la falta de información tiene que ser probada, y que en primera medida, la demandante ni siquiera tuvo una asesoría, porque se trasladó de régimen no por voluntad propia si no porque su empleador se lo requirió.

Por lo tanto, la principal motivación de la demandante al querer devolverse a COLPENSIONES, es incrementar su mesada pensional, arguyó, que no se puede reputar una falta al deber de información porque simplemente no tuvo la oportunidad al ser una decisión libre, y por el contrario, fue tomada por su empleador, por lo que, al Banco de Bogotá se le debe señalar como un tercero responsable.

Afirmó, que para la época del traslado era imposible conocer cuál iba ser su mesada pensional, toda vez que este ítem depende de las semanas cotizadas, edad, y el ingreso de base de cotización, por lo tanto, estaría afectado a COLPENSIONES al responder por actos celebrados entre terceros.

Por último, agregó que los dineros destinados de la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES solo alcanzarían a subsidiar una leve parte de la pensión de la demandante, mas aun, cuando la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de los 10 años.

OLD MUTUAL S.A. apeló con el argumento de estar en contra en la devolución de los gastos de administración mientras estuvo afiliada la demandante, alegando que afectaría la sostenibilidad financiera del patrimonio de la entidad.

Arguyó, que el Decreto 2995 de 2008, en su artículo 7.º, señala que solo se debe trasladar los aportes del trabajador en su cuenta de ahorro individual y no los gastos de administración, ya que los mismos cubren pólizas de seguridad de invalidez y muerte, por lo tanto, esos dineros no están en las arcas de la entidad, solicitó que se revocara la sentencia.

PORVENIR S.A. sostuvo que por el hecho que duro trasladada de SKANDIA a OLD MUTUAL, a PORVENIR S.A., por seis meses y como lo sustentó la señora juez, el traslado no lo hizo PORVENIR, toda vez se encuentran de cara al artículo 112 de la Ley 100 de 1993, donde les indican a los asesores a no desestimular ningún tipo de afiliación para aquellas personas que cumplan con los requisitos propios para poder entrar en dichas administradoras.

Arguyó, ese momento histórico de cambios de administradoras dentro del régimen proveniente de SKANDIA, y la administradora PORVENIR S.A., se dio una información veraz, oportuna, suficiente, y lo ratificó con las suscripción del formulario de afiliación, formulario de afiliación que no tiene ninguna tacha; agregó, que la accionante perteneciendo al grupo Aval pretende desconocer la naturaleza del fondo que representa y pertenece al mismo grupo al cual trabaja, simplemente diciendo sin sustento que el empleador la presiono para que se trasladara.

Aseveró, que los gastos de administración dan una clara afectación a su patrimonio económico toda vez, que fueron rublos cobrados en su momento referente a la gestión que realizó, misión que pudo verse empeñada de la buena fe realizada por parte de PORVENIR, por tal razón, no sería justo la condena siempre y cuando la misma A.F.P. realizó el traslado de régimen, y seguro previsional a COLPENSIONES, lo que generaría un enriquecimiento sin causa para esa entidad.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los

trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 26 de julio de 1962 (f.º 13); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 28 de septiembre de 1990 hasta el 31 de agosto de 1999, 206,14 semanas (Archivo 01 expediente, pág. 19,20); **iii)** que el 27 de noviembre de 2006, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de enero de 2007, (Archivo 01 expediente, pág. 23, 97, 95), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a PORVENIR S.A., según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de (Archivo 01 expediente, pág. 103-112, 113-117) la certificación de (Archivo 01 expediente, pág. 95).

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento

exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al

respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989, reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho

por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no

puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

“En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la

administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 27 de noviembre de 2006, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (Archivo 01 expediente, pág. 23, 97, 95), y, después de varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliado a PORVENIR S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles a folios a (Archivo 01 expediente, pág. 23, 97, 95, 101), los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”¹

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el actor y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”²

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

¹ CSJ STL8125-2020.

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”³, por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 27 de noviembre de 2006, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Archivo 01 expediente, pág. 23, 97, 95), así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

³ CSJ SL1688-2019.

RESUELVE:

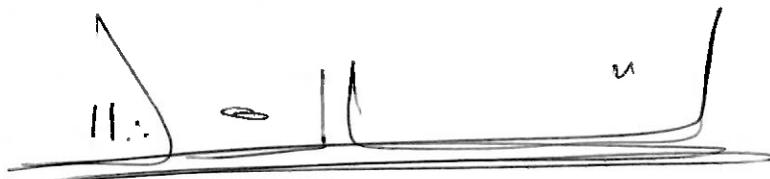
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de julio de 2021, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EurpzOpBCfdBnw_-H0Z-LUwBZhB2mOq-wDzjklD5P4BelQ?e=aUMier



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ESTHER CABALLERO DIAZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 024 2019 00805 01.

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2021, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de las afiliaciones hechas al sistema de ahorro individual con solidaridad, el 5 de junio de 1997, a PORVENIR S.A., y consecuentemente, el 22 de octubre de 2008, a COLFONDOS S.A. (f.º 124).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 4 de septiembre de 1962; realizó aportes en el extinto I.S.S., y en CAJANAL, hasta el 5 de junio de 1997; que en dicha fecha (5 de junio de 1997), se trasladó al régimen de ahorro individual a cargo de PORVENIR S.A., y el 22 de octubre de 2008, se trasladó a la A.F.P. COLFONDOS S.A., quienes le brindaron información acerca de las cesantías, lo que motivó su traslado de cesantías a dichos fondos tanto PORVENIR S.A., como COLFONDOS S.A., no le contaron las desventajas de estar afiliada a un fondo privado.

Afirmó, que cada uno de los fondos de pensiones en su respectivo momento, tanto PORVENIR S.A., como COLFONDOS S.A., no le indicaron que para retornar al régimen solidario prestación definida a cargo de COLPENSIONES, vencía cuando cumpliera 47 años de edad, no le hicieron una proyección pensional de lo que llegaría a obtener como mesada pasional, por lo tanto, la adujeron en mentiras al no suministrarle una información clara, precisa, y suficiente al momento del traslado de regímenes.

Arguyó, que su mesada pensional que obtendría en COLFONDOS SA., sería al equivalente de \$1.320.000, con 1688,43 semanas; agregó el demandante, que cotizando en el régimen de prima media administrada por COLPENSIONES, sería con una tasa de remplazo de 90%, tomando como punto de referencia los últimos

10 años cotizados, tendiendo la demandante una diferencia enorme de un régimen al otro, ya que el fondo privado toma como referencia solo el 35% como base de cotización.

Afirmó, que intentó trasladarse de régimen, pero la solicitud fue rechazada por parte de COLPENSIONES (f.º 123).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se inadmitió el 7 de julio de 2020, ordenándose su subsanación (f.º 116), la cual se admitió el 14 de diciembre de 2020 (f.º 148).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica.

COLFONDOS S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones de fondo, inexistencia de la obligación, falta de legitimación causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, vicios del consentimiento, validez de la afiliación, prescripción de la acción, compensación y pago (f.º 206-212).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones las de inoponibilidad de la responsabilidad, responsabilidad sui generis, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, cobro de lo no debido, falta de la causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia del derecho, prescripción. (f.º 289-299).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 313).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 15 de septiembre de 2021, declaró “la ineficacia” de la afiliación efectuada el 5 de junio de 1997, ante PORVENIR S.A., ordenó a COLFONDOS, trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sus frutos e intereses, rendimientos que tenga la demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con los gastos de administración, consecuentemente condeno a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, los aportes efectuados por la demandante, por concepto de gastos de administración; así mismo, ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante y corregir su historia laboral, y declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva, y se abstuvo de imponer costas a las partes (f.º481).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que no resulta viable declarar la nulidad del traslado, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que se efectuó dicho traslado, y que no se acreditó que la información otorgada para tal efecto, hubiera sido equivocada y que de manera independiente la demandante decidió estar afiliada en el régimen privado; agregó, que la reclamante se encuentra inmersa en la prohibición legal que trata el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, en donde se habla de una temporalidad de tiempo para trasladarse de los diferentes fondos, sea fondo privado o público en relación para consolidar su derecho pensional; afirmó, que es para

salvaguardar la sostenibilidad financiera del sistema, teniendo en cuenta que Colpensiones tendría que asumir una nueva prestación.

PORVENIR S.A., apeló con el argumento que no quedó probado que para el año de 1997, PORVENIR S.A., hubiera querido atentar contra la afiliación de la demandante; arguyó, que le brindaron una alternativa diferente, y que decidiera en que fondo quería estar, donde ella eligió PORVENIR S.A., para que administrara sus aportes pensionales hasta el año 2008, por lo tanto, la parte accionada afirmó que al momento de la afiliación PORVENIR S.A., le brindó una información totalmente completa.

Afirmó, que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que establece la ley 797 de 2003, conforme la sentencias C-1024 del 2004, que fue declarada exequible que protege no descapitalizar el régimen de prima media, agregó, no era justo se deba devolver los gastos de administración, toda vez que deben destinar un 3% de cotización a financiar gastos de administración, y que no forman parte integral de la pensión de vejez.

Arguyó, que la superintendencia financiera ha indicado que cuando proceda un proceso de nulidad o ineficacia, los únicos dineros que se deben trasladar es la cuenta de ahorro individual, sin que proceda la devolución de la prima provisional de seguros, agregó, que estarían generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del

criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones;

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 4 de septiembre de 1962; (f.º 25); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1.º de julio de 1983 hasta el 30 de junio de 1997, 546,71 semanas (f.º 312 CD, archivo COLPENSIONES, pág. 1-5) **iii)** que el 5 de junio de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de agosto de 1997 (f.º 38, 189, 190), y que luego de un traslado horizontal entre

administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a COLFONDOS S.A., y la certificación del formulario (f.º 50-51).

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y

sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989, reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen

consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía

sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

“En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 5 de junio de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (f.º 38 y 190), y, después de un traslado horizontal entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a COLFONDOS S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles a (f.º 50), los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la

afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”¹

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el actor y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”²

¹ CSJ STL8125-2020.

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por

pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada COLFONDOS S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*³, por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el el 5 de junio de 1997, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 38 y 190), al igual como el sucesivo traslado horizontal entre administradoras del R.A.I.S., por lo que, COLFONDOS S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

³ CSJ SL1688-2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

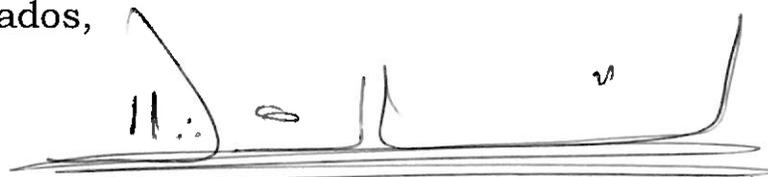
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2021, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsi-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sstsbtta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EurpzOpBCfdBnw-H0Z-LUwBZhB2mOq-wDzikiD5P4BeIQ?e=aUMier