



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 20 2019 00404 01.
DEMANDANTE: RICARDO ELÍAS GÓMEZ MONCALEANO
DEMANDADO: LA NACIÓN MINISTERIO DE AGRICULTURA Y
DESARROLLO RURAL Y UNIDAD ADMINISTRATIVA
ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL UGPP.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de julio de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante convocó a juicio a las demandadas para que sean condenadas a reconocer y pagar debidamente indexada indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por el tiempo de servicio prestado al Incora desde el 1 de agosto de 1970 hasta el 30 de septiembre de 1976 y las costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 20 de abril de 1948, presto servicio al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, como trabajador oficial, desde el 1 de agosto de 1970 hasta el 30 de septiembre de 1976, entidad no lo afilió a pensiones. Relató que el 23 de noviembre de 2017, solicitó al Ministerio de Agricultura la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, petición que fue

trasladada a la UGPP, quien mediante Resolución RDP 014844 de 26 de abril de 2018, negó la solicitud, bajo el argumento de que el Incora no realizó aportes. El 23 de octubre de 2018, reiteró el requerimiento a la UGPP, y la entidad insistió en la negativa (fl. 2 a 4).

La Nación Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió que trasladó la petición incoada por el demandante a la UGPP, y expresó que no le constan los restantes hechos. Propuso como excepciones falta de legitimación en la causa por pasiva, asunción de derechos pensionales, prescripción, inexistencia de la relación laboral y cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación (fl. 71 a 77).

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, se resistió al éxito de las peticiones. Aceptó la fecha de nacimiento del actor, el servicio prestado al Incora, que el Ministerio de Agricultura le trasladó el requerimiento, y que negó la indemnización sustitutiva porque la empleadora no sufragó aportes. Planteó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación, prescripción y las demás declarables de oficio (fls. 30 a 33).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de julio de 2020, absolvió a las demandadas e impuso costas al promotor del juicio (fl. 89).

Como sustento de su decisión, señaló que aunque el demandante demostró que laboró para el Incora como trabajador oficial, en el periodo señalado en el libelo introductorio, antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, los servidores públicos no tenían prevista a su favor la indemnización sustitutiva. Indicó que solo los afiliados al Sistema General de Pensiones o los afiliados con anterioridad al ISS, tienen derecho a la prestación deprecada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante y el Ministerio Público apelaron lo resuelto.

El demandante implora la revocatoria de la sentencia bajo el argumento de que debe ser aplicado el principio de favorabilidad, y en consecuencia, reconocida la prestación perseguida, por cuanto no cumple los requisitos para acceder a la pensión y la Ley 100 de 1993, hizo un llamado a las entidades para que realizaran los aprovisionamientos correspondientes a fin de reconocer los derechos de los trabajadores. Sostuvo que probó que prestó servicios a una entidad, de suerte que tiene derecho al pago de la indemnización.

El Ministerio Público sostiene que la interpretación dada al artículo 37 de la Ley 100 de 1993, aunque es razonable, no observa los principios constitucionales de igualdad, favorabilidad y solidaridad, dado que no ampara los derechos del demandante, quien cumplió la edad para acceder a la pensión o reclamar la indemnización sustitutiva en vigencia del estatuto de seguridad social, y ya cuenta 72 años.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta sede judicial definir si el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva.

Son hechos probados e indiscutidos, que: *i)* que el accionante cumplió 62 años de edad el 20 de abril de 2010, *ii)* prestó servicio al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria Incora, como conductor de volqueta desde el 1 de agosto de 1970 hasta el 30 de septiembre de 1976, *iii)* en este periodo al trabajador no se le descontó para seguridad social, tampoco se le hicieron aportes a ninguna caja, fondo o entidad, y que *iv)* la Nación es la llamada a responder por este periodo según consta en certificado IN-25714 del 10 de agosto de 2018, emitido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (fls. 7 a 15).

El Decreto 1730 de 2001, reglamentario del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, dispone en el literal a) del artículo 1:

Causación del derecho. Modificado por el Decreto Nacional 4640 de 2005. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las administradoras del régimen de prima media con prestación definida, cuando con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones se presente una de las siguientes situaciones:

- a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando

Por su parte, el artículo 2 del citado decreto preceptúa: *“Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993”*.

El accionante nació el 20 de abril de 1948 (fl. 5), es decir que alcanzó 62 años de edad el 20 de abril de 2010, data en la cual podía solicitar la pensión de vejez, empero como no acreditó la densidad de semanas y no continuó cotizando, en esa fecha causó el derecho a la indemnización sustitutiva que por disposición legal debe contemplar todos los servicios prestados, incluso, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que impone revocar la sentencia de primera instancia.

Así mismo, el precitado artículo 2 consagra:

Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado.

En caso de que la administradora a la que se hubieren efectuado las cotizaciones haya sido liquidada, la obligación de reconocer la indemnización sustitutiva corresponde a la entidad que la sustituya en el cumplimiento de la obligación de reconocer las obligaciones pensionales.

En el caso de que las entidades que hayan sido sustituidas en la función de pagar las pensiones por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, Fopep, será ésta la entidad encargada del pago, mientras que su reconocimiento continuará a cargo de la caja o fondo que reconozca las pensiones.

La Sala Laboral de la Corte suprema de Justicia ha venido explicando que el riesgo que asumía el empleador, antes de la entrada en vigencia del sistema pensional, se subrogó en la entidad de seguridad social, pero que ello no excluye la obligación del empleador de concurrir al pago de los aportes correspondientes a aquellos periodos en que, existiendo la relación laboral, no se efectuaron contribuciones. En criterio de la Corporación, solamente el pago de la suma de dinero representativa de dichos aportes produce el efecto de extinguir la obligación (CSJ SL337-2022, CSJ SL1122-2019, CSJ SL3408-2018, CSJ SL4072-2017, CSJ SL2138-2016, CSJ SL14388-2015 entre otras).

El Instituto Nacional de la Reforma Agraria Incora fue suprimido por el Gobierno Nacional mediante Decreto 1292 de 2003, y su vida jurídica terminó el 31 de diciembre de 2007, fecha en que se decretó el cierre del proceso liquidatorio. Los negocios y asuntos que estaban a su cargo fueron distribuidos entre distintas entidades públicas; lo relacionado con el pago de obligaciones pensionales fue asignado al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales, mediante Decreto 4986 de 2007, y por decretos 2796 de 2013 y 1833 de 2016, las competencias asignadas a este fueron asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, razón por la cual esta demandada será la encargada de pagar la prestación deprecada por el demandante.

Realizadas las operaciones correspondientes con base en la certificación IN-25714, emitida por El ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural el 10 de agosto de 2018 (fl. 7 a 15), se determina que la UGPP deberá cancelar al actor la suma de \$2.606.798.

$$I = SBC \times SC \times BPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1970	153	0,110	72,460	658,727	\$ 1.200,00	\$ 790.473,00	\$ 4.031.412,00
1971	365	0,120	72,460	603,833	\$ 1.225,00	\$ 739.696,00	\$ 8.999.635,00
1972	366	0,140	72,460	517,571	\$ 1.500,00	\$ 776.357,00	\$ 9.471.555,00
1973	365	0,160	72,460	452,875	\$ 1.613,75	\$ 730.827,00	\$ 8.891.729,00
1974	365	0,190	72,460	381,368	\$ 2.235,00	\$ 852.358,00	\$ 10.370.356,00
1975	365	0,250	72,460	289,840	\$ 2.720,00	\$ 788.365,00	\$ 9.591.774,00
1976	274	0,290	72,460	249,862	\$ 2.880,00	\$ 719.603,00	\$ 6.572.374,00
Total días	2253	Total devengado actualizado a				2010	\$ 57.928.835,00
Semanas Cotizadas S.C.	321,86	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 179.983,06
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					4,500%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				2010	\$ 2.606.798,00

Como quiera que la accionante no está llamada a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo, la UGPP deberá indexar el monto de la indemnización sustitutiva desde el 20 de abril de 2010, data en que el demandante alcanzó 62 años de edad y causo el derecho, hasta cuando se verifique el pago de la obligación.

Conforme lo analizado, las excepciones propuestas no están llamadas a prosperar. La prestación no está afectada por la prescripción, dado que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez puede ser reclamada en cualquier tiempo.

No se causan costas en esta instancia. Las de primera, estarán a cargo de la demandada UGPP.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 21 de julio de 2021 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C. para, en su lugar, condenar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP a pagar al demandante indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en la suma de \$2.606.798, la que deberá indexar desde el 20 de abril de 2010 hasta que se verifique el pago de la obligación, de acuerdo con la fórmula indicada en la parte motiva.

SEGUNDO: ABSOLVER a la Nación Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Las de primera estarán a cargo de la demandada UGPP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCERO SANTAMARÍA GIRALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 20 2019 00694 01.
DEMANDANTE: SANDRA PATRICIA VIRVIESCAS LAVERDE
DEMANDADO: EDIFICIO SERRANO 32 PH.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de noviembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo, desde el 22 de octubre de 2013, hasta el 21 de octubre de 2016, así como la ineficacia del despido efectuado el 8 de agosto de 2016. Solicitó, igualmente, se librara condena al pago de aportes al sistema de pensiones sobre el salario de \$700.000 que fue el realmente devengado; prestaciones sociales y vacaciones causadas desde el 22 de octubre de 2013 hasta 31 de diciembre de 2015, y del 9 de agosto al 21 de octubre de 2016, sobre el salario real; diferencia de salarios insolutos causados del 1 de mayo al 21 de octubre de 2016; indemnización por no consignación de cesantías a un fondo; sanción por no pago de intereses a las cesantías; sanción moratoria; indexación; los derechos a que hubiere lugar en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita* y a las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el «22 de octubre de 2016» suscribió contrato de trabajo a término fijo de un año con la demandada, para desempeñarse como recepcionista conserje, en cumplimiento de un horario, y con una remuneración de \$700.000; que a mediados de 2015 le fue diagnosticado *bocio multinodular y miomatosis uterina*; que aunque la EPS Compensar le prestó atención médica, no le pago incapacidades, dado que estaba registrada como beneficiaria, porque la demandada no la afilió al sistema de seguridad social. Relató que le fue ordenado legrado ginecológico y «*hemitiroidectomía más vaciado de cuello e histerectomía total*», procedimientos que se adelantaron los días 14 de octubre, 19 y 22 de noviembre de 2017.

Expuso que el presidente del Consejo de Administración del edificio, mediante memorando 001-2016, sin fecha, informó la modificación del horario, la disminución del salario al mínimo legal mensual vigente y le solicitó constancia del estado de salud; que las medidas se ejecutaron a partir del 1 de mayo de 2016; que el 11 de mayo siguiente, le fue practicada biopsia y prescrita incapacidad por Idime, por ello, no se presentó a laborar; que al día siguiente recibió llamado de atención por supuesta ausencia injustificada, pese a que el empleador conocía su estado de salud; que el 2 de junio de 2016, le fue llamada la atención por presuntas llegadas tarde; que el 2 de julio siguiente solicitó al demandado afiliarla al sistema de salud y el pago de los gastos asumidos a esa fecha, pero este desatendió su pedido y, que el 12 de julio le fue prescrita incapacidad por dos días.

El 28 de julio del año que corría, le fue notificado que el contrato no se prorrogaría y finalizaría el 21 de octubre de 2016, pero el 5 de agosto, Mónica Rodríguez, en representación del edificio, vía *whatsapp* le informó la terminación del vínculo. El 8 de agosto siguiente se presentó en el edificio para hacer entrega del cargo, y las guardas habían sido cambiadas; que en esa fecha le fue entregada carta en la que se le notificó la finalización del vínculo con justa causa y se le pagó la liquidación final con inclusión de los salarios del 9 de agosto al 22 de octubre de 2016, a título de indemnización.

Indicó que a la terminación del contrato el empleador no tomó en consideración su estado de salud, y omitió solicitar autorización al Ministerio de Trabajo, lo que la condujo a instaurar acción de tutela que fue declarada improcedente (fl. 3 a 17 expediente digital).

La demandada se opuso a las súplicas; admitió la suscripción del contrato de trabajo a término fijo a un año, pero alegó que el vínculo se desnaturalizó porque la actora en repetidas oportunidades envió a terceros a reemplazarla; aceptó la labor contratada, el lugar de prestación del servicio, que la demandante solicitó en varias oportunidades permisos para atender citas médicas, la notificación de no prórroga del contrato, la terminación del vínculo sin justa causa, el pago de salarios correspondientes al periodo del 9 de agosto al 22 de octubre de 2016 como indemnización; que la actora no fue afiliada a un fondo de cesantías, no le fueron pagados los aportes a seguridad social, la interposición de acción constitucional y la declaración de improcedencia. Manifestó que no son ciertos o no le constan los restantes hechos. Propuso las excepciones de buena fe, inexistencia de la obligación, falta de causa para demandar, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, temeridad y mala fe, prescripción, compensación, falta de legitimación por pasiva para demandar, y las demás declarables de oficio (fl. 187 a 197 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 17 de noviembre de 2020, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo, a partir del 22 de octubre de 2013, hasta el 21 de octubre de 2016; condenó a la demandada a cotizar al sistema general de pensiones el porcentaje correspondiente de los aportes con base en el salario de \$700.000 para el periodo comprendido entre el 22 de octubre de 2013 y el 8 de agosto de 2016, para lo cual dispuso que el fondo al cual se encontrara afiliada la actora debería realizar el cálculo actuarial; declaró probada la excepción de prescripción, y gravó a la demandada con las costas (fls. 209 y 211 expediente digital)

En lo fundamental, señaló que la enjuiciada admitió la existencia del contrato, sus extremos y la remuneración. Consideró que era procedente declarar la ineficacia del despido, pues la trabajadora tenía afectado su estado de salud y era sujeto de estabilidad laboral reforzada, pues estaba en curso un tratamiento médico para contrarrestar un cáncer que la aquejaba y por el cual había sido sometida a procedimientos quirúrgicos, empero concluyó que la prescripción operó sobre todos los derechos causados con anterioridad al 24 de septiembre de 2016, y como quiera que el contrato terminó el 8 de agosto de esa anualidad, no había lugar a imponer condena alguna, salvo en relación con el pago de aportes a pensiones, que estimó debía realizarse a través de cálculo actuarial.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes apelaron lo resuelto.

La demandante expresa que la demandada debe ser condenada a pagar todas las pretensiones, como quiera que la prescripción fue interrumpida con la interposición de la acción de tutela, en la que reclamó la estabilidad laboral reforzada y el pago de la indemnización de 180 días. Refirió que la ley no impone una forma específica de reclamar al empleador.

La demandada aspira a que se revoque el fallo singular, bajo el argumento de que si bien, se aceptó la existencia del contrato de trabajo, en realidad no existió prestación personal del servicio, pues la demandante aceptó que en varias oportunidades su compañero permanente o uno de sus hijos realizaban los turnos, y el Juzgado omitió que el testigo Javier Silva Silva mencionó estas mismas circunstancias, con lo que se desvirtúa la existencia de la relación de trabajo. Se probó que la actora recaudaba las cuotas de administración y con ese dinero se pagaba la retribución pactada de \$700.000.

Adujo que la demandante actúa de mala fe, pues de 2011 a 2016 el edificio no tuvo administrador, por ello Germán Ariza no fungía como tal para octubre de 2013, cuando firmó el contrato, tampoco para el momento en que finalizó la relación, de suerte que no representaba al edificio. Explicó que por inconvenientes surgidos por la pandemia no pudo traer la constancia correspondiente, emitida por la Alcaldía Local. Luego se contradijo y señaló que Ariza fue administrador para el 2011, pero no fue ratificado o nombrado para periodos posteriores.

Sobre el mismo punto expuso que debe haber un pronunciamiento sobre las demás excepciones planteadas, y especialmente sobre la «*genérica*», en tanto el contrato aportado es nulo e inexistente, porque está firmado por Germán Ariza como administrador, quien no tenía la representación legal del edificio en octubre de 2013, cuando inició el vínculo, ni en agosto de 2016, cuando finalizó, lo que lleva a concluir que se actuó en contravía de lo dispuesto en la Ley 675 de 2001, pues la llamada a nombrar al administrador era la Asamblea General o, por delegación de esta, el Consejo de Administración, y eso no ocurrió.

Señaló que, contrario a lo indicado por el juzgado, no fue recepcionado el testimonio de María Eugenia Mateus, porque este, al igual que el de «*la señora Mónica*» no pudieron ser recaudados por falta de conectividad, y porque el Juez consideró que no era necesario escucharlos.

IV. CONSIDERACIONES

Por razones metodológicas se abordará en primer lugar el estudio del recurso presentado por la llamada a juicio. En el asunto bajo estudio la demandada admitió que la promotora prestó servicios como conserje recepcionista, desde el 22 de octubre de 2013 hasta el 8 de agosto de 2016, empero en el recurso manifiesta que no puede ser condenada porque el contrato de trabajo fue suscrito por Germán Ariza, quien no fungía como administrador, y dado que no existió continuidad en la prestación del servicio, pues envió a algunos familiares a cubrirla en sus funciones.

Prestación personal del servicio y continuidad

La parte demandada solicitó decretar y escuchar los testimonios de María Eugenia Mateus, Mónica Rodríguez Mateus, Javier Silva Silva y Germán Ariza Suarez. Los dos primeros no fueron practicados porque se presentaron problemas en la conectividad y el juez decidió que no eran necesarios. El declarante Javier Silva Silva manifestó que conocía a la demandante porque tenía una oficina allí arrendada, y era ella quien recibía las cuotas de administración en la recepción; que en algunas oportunidades le entregó el dinero a un señor o a un joven y que creía que de ahí ella sacaba el dinero de *«sus honorarios o su salario»*; que no le constaba que la accionante hubiera ejercido otras funciones, pues él tenía su inmueble arrendado e iba de vez en cuando a recibir el pago del canon; aseguró que la accionante iba cuando quería, en ocasiones se presentaron protestas porque a medio día o el sábado no se abría, o se cerraba a las 4:00 p.m.; que desconocía si la actora suscribió contrato con la copropiedad.

El testigo expresó igualmente que Germán Ariza concurría al edificio porque tenía un amigo, que tuvo oficina allí y que fungió como administrador del lugar en algunos periodos 2011, 2012 y 2016, al mismo tiempo aseguró que apenas fue coadministrador; dijo que la edificación estuvo por espacio de 4 años *«sin administrador legalmente constituido»*, *«pues me imagino que el señor Germán Ariza para esa época no era administrador reconocido, pues por la Alcaldía y por todas las IA, no, creo que no era, pues no ejercía funciones de administrador, las ejerció antes, anteriormente, en el año 2016, pero por el año que me pregunta él no era un administrador reconocido»*; después, afirmó que para el 2016 la administración era ejercida por Profesionales en Propiedad Horizontal, porque había desorden en la recepción y el edificio estaba en quiebra; sin embargo, también dijo que Ariza, en uso de sus facultades, firmó la carta de terminación del contrato.

De otro lado, Germán Ariza Suarez, en su jurada, expresó que conocía a la demandante porque él, como administrador encargado del edificio, la contrató para que se desempeñara como recepcionista; que dentro de sus funciones estaban, básicamente, las de abrir el edificio a las 8:00 a.m., recaudar las cuotas de administración, recibir la correspondencia, y autorizar el ingreso de los visitantes a las oficinas. Señaló que el contrato terminó porque a veces incumplía el horario de apertura, hubo conflicto con los usuarios por su trato displicente, que generó discusiones y mal ambiente, razón por la cual los copropietarios le pidieron que prescindiera de sus servicios. Preciso que mientras se tramitó la personería jurídica del inmueble, él fungió como administrador, no recuerda si para cuando se firmó el contrato de trabajo era administrador certificado.

Observa la Sala que Sandra Patricia Virviescas Laverde suscribió el contrato de trabajo a término fijo de un año que estaría vigente entre el 22 de octubre de 2013 y el 21 de octubre de 2014, para desempeñarse como recepcionista, con un salario de \$700.000; que el documento fue suscrito en nombre de la propiedad horizontal por Germán Ariza Suarez como su representante legal (fl. 21 y 22); que pese a que la demandada aduce que dicho acuerdo fue nulo porque esta persona no fue designada como administrador o representante legal por la Asamblea General, o por designación de esta por el Consejo de Administración, el contrato así convenido produjo efectos, pues no de otra manera se explica que la demandante hubiera prestado servicios por casi tres años, tal como fue aceptado en la demanda y según lo expusieron los testigos.

Adicionalmente, las tareas desempeñadas por la demandante eran notorias, ya que se trataba de la recepcionista, quien manejaba la correspondencia, determinaba el acceso al edificio de propietarios, arrendatarios y visitantes, abría y cerraba la puerta, estaba facultada para recibir el pago de la administración. En esos términos, no es de recibo el argumento relativo a que los órganos de dirección y administración de la copropiedad no avalaron la ejecución de labores de la demandante y, por

esa vía, poner en entredicho las actividades realizadas por la demandante y la misma vinculación.

En gracia de discusión, de considerarse que Germán Ariza Suárez no fue el representante de la propiedad horizontal, de conformidad con su reglamento y la Ley 675 de 2001, esa circunstancia correspondería al fuero administrativo del edificio y sus consecuencias no tendrían la entidad de anular la relación laboral que, en términos generales, consultan el artículo 23 y 24 del estatuto del trabajo. Esto, por cuanto está demostrado que la accionante le prestó servicios a la copropiedad, a quien no le es dable aducir vicios en la forma para evadir las obligaciones laborales. En consecuencia, este argumento no conduce a la Sala a modificar la decisión de primera instancia.

Argumenta la demandada que la prestación del servicio no fue continua y que la accionante envió a otras personas a cubrir sus funciones, por lo que no puede ser declarada la existencia del contrato de trabajo.

Pues bien, sobre el particular, de los testimonios de Javier Silva Silva y Germán Ariza Suarez y de la propia declaración de parte vertida por la demandante, es posible deducir que el compañero de esta última, Daniel Jairo García, y sus dos hijos, fueron a reemplazarla cuando tenía citas médicas, en tareas como las de abrir el edificio. No obstante, para la Sala este hecho no logra desvirtuar la prestación personal del servicio, por cuanto las probanzas no dan cuenta de oposición alguna formulada por la accionada o de cualquier tipo de acto enderezado a designar la(s) persona(s) que la reemplazara (n) en las ausencias. Tampoco de las pruebas enlistadas se deduce la posibilidad de la accionante de retirarse y abandonar, a su libre arbitrio, el puesto asignado, ni que dichas ausencias fueran tan repetidas que desdibujaran la continuidad de la relación. Antes bien, los elementos de convicción indican que los reemplazos efectuados por su compañero e hijos, fueron esporádicos, de manera que ningún impacto tienen en la configuración del elemento esencial del contrato de trabajo, valga reiterar, la prestación personal de los servicios. A una

conclusión semejante llegó la Sala de Casación Laboral en un evento en el que se enrostraba la delegación de algunas tareas en familiares del trabajador (CSJ SL5687-2021). En aquella oportunidad la alta Corporación afirmó:

(...) el hecho que el trabajador no preste personalmente sus servicios en algunas ocasiones, no debe verse como una regla absoluta que tiene la fuerza de desvirtuar la subordinación; al contrario, esas circunstancias no pocas veces reafirman este poder jurídico del empleador oculto (CSJ SL3611-2020), tal y como en este asunto ocurrió. En efecto, a la luz de las demás pruebas del proceso, lo que el hecho en comento evidencia es que el accionante no podía disponer de su tiempo libre de trabajo para hacer una diligencia personal, al punto que se veía obligado a dejar a un familiar para que atendiera el puesto de trabajo ante la negativa de su empleador.

Y es que si bien tales actuaciones en otros contextos pueden tener una intención mercantilista en cabeza del dueño de un negocio, que es lo que sin duda sugiere la accionada, en este caso era evidente que ese tamiz no era el que caracterizaba a la relación de trabajo, pues en realidad obedecía a que el actor estaba sometido a un irrestricto cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con los reglamentos internos de la cooperativa, pues de lo contrario podría incluso acarrearle sanciones, circunstancia que denota a todas luces la subordinación laboral y, además, la precarización de su labor, dado que ni siquiera podía disponer de un tiempo libre para una actividad personal.

Como se ve, de acuerdo con la doctrina de la Corte, la opción de la demandante de delegar ocasionalmente sus funciones en familiares, a cambio de desvirtuar la prestación personal del servicio, ratifica la subordinación a que se encontraba sujeta.

Más aun, la demandante aportó historia clínica (fls. 79 a 176) que da cuenta que tiene antecedentes generales de «gastritis crónica, bocio multinodular de predominio quístico» que asistió en vigencia de la relación laboral a citas médicas y controles así:

Fecha	hora	día	Incapacidad
02/06/2015	4:32 p.m	martes	
20/10/2015	5:43 p.m	martes	
16/12/2015	2:14 p.m.	miércoles	
12/01/2016	1:30 p.m	martes	
13/01/2016	7:59 a.m.	miércoles	
19/01/2016	9:44 a.m.	martes	

03/02/2016	10:00 a.m.	miércoles	
30/04/2016	8:38 a.m	sábado	
22/06/2016	3:44 p.m	miércoles	
02/07/2016	11:16 a.m.	sábado	
12/07/2016	8:04 a.m.	martes	Incapacidad del 12 al 14 de julio
14/07/2016	11:06 a.m.	jueves	
30/07/2016	12:32 p.m.	sábado	Incapacidad 1 día
04/08/2016		jueves	Incapacidad 1 día, por biopsia Idime
06/08/2016	7:41 a.m.	sábado	Asiste a urgencias Cruz Roja

La demandante, con posterioridad a la finalización del contrato, continuó asistiendo a citas médicas desde el 21 de septiembre de 2016, fecha en que fue remitida para legrado, también le fue diagnosticado tumor de tiroides, que conllevó la práctica de una cirugía el 29 de noviembre de 2016. Además el 17 de diciembre de 2016, fue remitida para histerectomía total abdominal (fls. 104 a 176).

Así mismo, obra memorando 001-2016, en el que la demandada informó a la trabajadora que a partir del 1 de mayo de 2016, el horario sería de lunes a viernes de 7:30 a.m. a 6:30 p.m. y los sábados de 9:00 a 1:00 p.m.; su salario correspondería al mínimo legal mensual vigente más auxilio de transporte «*menos deducciones de ley*». Además, le solicitó:

En cuanto a los permisos, solicito me sea entregada una constancia del estado de su salud, la cual puede solicitar a su médico de cabecera en su estado de beneficiaria del POS

Una vez entregado este documento se le concederán los permisos establecidos en el CODIGO LABORAL.

Debe avisar TRES (3) días hábiles antes al día de solicitud del permiso para que podamos conseguir la persona correspondiente para que la releve

En caso de presentar incapacidad ÚNICAMENTE serán tenidas en cuenta las expedidas directamente por la EPS. Es obligación de la EPS entregarla bien sea en su calidad de Beneficiaria o Cotizante

Es un hecho probado que Sandra Patricia Virviescas Laverde en vigencia del vínculo laboral asistió de manera regular a citas médicas, al menos desde el 2 de junio de 2015 hasta el 6 de agosto de 2016, lo que

demuestra que no fue caprichosa su asidua asistencia a la EPS en días laborables, y que al menos por tres días le fueron prescritas incapacidades médicas; así las cosas, es claro que la demandante sufrió de percances de salud que, en ocasiones, forzaron sus ausencias, estas últimas, cubiertas por sus familiares.

Vale destacar que la demandada, sin justificación alguna, aun sabiendo que estaba frente a una relación laboral, omitió su obligación de afiliar a la actora al sistema de seguridad social, tampoco reemplazó a la demandante en sus ausencias, por el contrario, optó por que ella se entendiera con quienes la reemplazaban que no fueron otros que sus familiares, según el dicho de los testigos, y si bien, en el documento antes transcrito se expresó la intención de nombrarle reemplazos en caso de verse avocada a faltar al trabajo, dicha intención, en la práctica, no se materializó, o al menos nada al respecto informan los restantes medios de prueba.

Así las cosas, Edificio Serrano 32 PH no probó la interrupción de la relación, ya que su propio actuar negligente fue el que obligó a la demandante a buscar quién la reemplazara para asistir a citas médicas; igualmente, no demostró por ningún medio que hubiere faltado en fechas distintas o por razones diferentes o que en las oportunidades en que se ausentó para asistir al médico, la propiedad horizontal hubiera vinculado a otra persona, como lo anunció en el memorando n.º 001-2016. Por tanto, no hay lugar a la revocatoria perseguida.

Prescripción

Claro lo anterior, frente al punto de la prescripción, es necesario recordar que el sistema jurídico colombiano prevé esta institución como un modo de extinguir los *“derechos u obligaciones, como resultado de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley, por cualquier razón subjetiva que motive la inacción de su titular”* (CC C-091-2018). Conforme a ello, es dable entender que esta figura materializa el principio constitucional a la seguridad jurídica, al impedir una

indefinición latente y prolongada de los problemas jurídicos surgidos de hechos jurídicos relevantes, como aquellos que pueden derivarse de la relación entre trabajadores y empleadores, o los afiliados y las entidades que integran el sistema de la seguridad social. Por tal razón, el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción laboral resulta válido, además, porque responde a la necesidad de implementar un orden justo y pacífico.

Los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, regula que:

ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

ARTICULO 489. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente

A su turno, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone la prescripción de las acciones en los siguientes términos:

ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.

En el asunto bajo examen el contrato de trabajo finalizó el 8 de agosto de 2016 (fls. 51 a 61), la demandante interpuso acción de tutela mediante la cual solicito:

1. Solicito, Señor Juez, ordenar la Reinstalación al cargo de RECEPCIONISTA y / o A OTRO CARGO ACORDE CON MIS ACTUALES CONDICIONES Y RESTRICCIONES MEDICAS, DERIVADAS DE LAS AFECCIONES O PATOLOGICAS QUE PADEZCO a la fecha las cuales se encuentran debidamente diagnosticadas en mi Historia Clínica; lo anterior

como consecuencia de la ineficacia de mi despido y/o terminación contractual .

2. En caso, de que no exista la posibilidad física o logística para reubicarme o reinstalarme en mi empleo, solicito en todo caso. que de manera preferente se me CONTINUE BRINDANDO la ESTABILIDAD EN MI EMPLEO, así como la CONTINUIDAD EN EL PAGO DE SALARIOS Y DEMAS PRESTACIONES, ASI COMO EL PAGO DE INCAPACIDADES MEDICAS QUE SE ME PUEDAN SEGUIR GENERANDO, hasta lograr mi rehabilitación integral o se culmine mi proceso de recuperación.

3. Solicito Señor Juez, se ordene la Afiliación inmediata al Sistema de Seguridad Social Integral para poder continuar con el tratamiento médico que mi salud requiere, como lo es las mediatas cirugías pendientes de practicar y ordenadas por los médicos tratantes; todo de acuerdo a lo que se evidencia en mi Historia Clínica.

4. Solicito además que se sirva ordenar al conjunto o edificio de propiedad horizontal demandado, como a las personas naturales demandadas o que conforman la Asamblea de Copropietarios del citado edificio, a que se me cancelen los salarios adeudados desde la fecha de terminación contractual, esto es a partir del día 8 de Agosto de 2016 y hasta la fecha en que se haga efectiva la reinstalación efectiva al empleo, por encontrarme en estado de debilidad manifiesta por razones de salud, y además por cuanto me encuentro afectada en mi derecho al mínimo vital, y derecho a la salud entre otros.

5. Solicito además que se sirva ordenar a la entidad accionada (accionados), se me cancele el valor correspondiente a la Indemnización equivalente a 180 días de salario, por cuanto el empleador provocó un despido unilateral y arbitrario, y sin solicitar el permiso previo al Ministerio del Trabajo, tal como lo preceptúa la ley 36 % de 1.997; pese a que éste tenía conocimiento de mi delicado estado de salud , y de mi tratamiento médico vigente a la fecha del finiquito contractual, ya que contaba con la programación de cirugías pendientes.

6. Solicito Sr. Juez se me garantice la cobertura social que me permita la continuidad de mi tratamiento médico quirúrgico y post operatorio y de recuperación, hasta lograr mi rehabilitación integral en mi salud, o hasta la eventual calificación del origen de mis patologías así como de mi eventual pérdida de capacidad laboral como consecuencia de mis afecciones actuales .

La acción fue resuelta por el Juzgado Setenta y Tres Penal Municipal con Función de Control de Garantías, que mediante fallo del 28 de septiembre de 2016, declaró improcedente el amparo (fls. 62 a 71). Para la Sala, el escrito de tutela cumple con la finalidad de interrumpir la prescripción como quiera que es un reclamo escrito del cual tuvo conocimiento el empleador, pues al proferir su decisión el Juzgado expuso que el edificio al contestar solicitó negar la acción en los siguientes términos:

4. El Representante Legal del EDIFICIO SERRANO 32 P.H. informó que la actora laboró en el cargo de recepcionista mediante contrato a término fijo por un año.

Indicó que la terminación del contrato se dio por una causa justa, en razón que se presentaron varios inconvenientes laborales que motivaron dar por culminada la relación laboral, por lo que se adoptó esa determinación con el reconocimiento de la indemnización respectiva por despido.

Aclaró que esa administración no se enteró que la actora padecía cáncer, por cuanto nunca informó tal situación, como tampoco que se encontrara incapacitada o en tratamiento alguno, como tampoco se evidencia de la documentación aportada

La accionante no demostró cuándo presentó el escrito de tutela, por lo que la Sala, a efectos de contabilizar la interrupción de la prescripción tendrá en cuenta la fecha del fallo proferido por el Juzgado Setenta y Tres Penal Municipal con Función de Control de Garantías, sirva reiterar, el 28 de septiembre de 2016. Así las cosas, se tiene que la demandada terminó la relación laboral el 8 de agosto de 2016, la accionante reclamó el 28 de septiembre de 2016 y la demanda fue interpuesta el 24 de septiembre de 2019, esto es dentro del periodo trienal previsto en las normas sustantiva y procesal del trabajo, por tanto, la prescripción no operó.

Importa resaltar que el escrito de la acción de tutela solo tiene el efecto de interrumpir la prescripción respecto del reintegro, por virtud de la estabilidad laboral reforzada, el pago de salarios y prestaciones causadas a partir del «*día 8 de Agosto de 2016*», fecha en que terminó el vínculo y frente al reconocimiento de la indemnización equivalente a 180 días de salario, prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues estos fueron los derechos reclamados al solicitar el amparo. En consecuencia, la Sala no se pronunciará respecto de acreencias distintas causadas en vigencia de la relación laboral, pues están afectadas por el fenómeno extintivo de la prescripción, salvo el pago de los aportes a seguridad social en pensiones ordenado por el Juez.

Estabilidad laboral reforzada.

Para abordar el punto, es pertinente indicar que aunque el *a quo* determinó que la promotora del juicio a la terminación del contrato era sujeto de estabilidad laboral reforzada y que por ello debía ordenarse el pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, lo cierto es que no impuso condena alguna, tras considerar que todos los derechos, salvo el relacionado con los aportes a seguridad social, estaban afectados por la prescripción, tampoco emitió declaración alguna en la parte resolutive de su providencia, por lo que estima procedente la Sala analizar si la actora gozaba de fuero de salud.

El artículo 13 de la Constitución Política reconoce que el Estado tiene, en el marco de sus deberes, el de proteger *«especialmente a aquellas personas que por su condición [...] física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta»*. Con base en dicha disposición, se colige que a quienes se encuentran en condiciones físicas de debilidad manifiesta, se les debe una protección especial. Esa garantía se predica de todos los derechos y, por tanto, también de la *«estabilidad en el empleo»*, reconocido igualmente en el artículo 53 de la Carta Fundamental.

Es justamente como desarrollo de esas exigencias constitucionales que el legislador ha expedido diferentes normas, dentro de las cuales se destaca la Ley 361 de 1997, la Ley 1346 de 2009 por medio de la cual se aprueba la *«Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad»* y la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, con el fin de adoptar una serie de mecanismos destinados a resguardar e integrar socialmente a ciertas personas que por su estado de salud pueden ser discriminadas.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, preceptúa:

En ningún caso la <situación discapacidad> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha <situación discapacidad> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona <en situación de discapacidad> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su <situación de discapacidad>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su <condición discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

La Sala de Casación Laboral, ha interpretado el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo la concepción de que la sola circunstancia de padecer una enfermedad o estar incapacitado no es suficiente para ser beneficiario de las garantías que allí se contemplan, pues estas deben estar revestidas de cierto grado de limitación (CSJ SL10538-2016, reiterada en las decisiones CSJ SL17945-2017, CSJ SL24079-2017, CSJ SL685-2018).

Son hechos probados que la demandada, mediante comunicación adiada el 28 de julio de 2016, informó a la accionante que el contrato a término fijo suscrito el 22 de octubre de 2013 no sería prorrogado, por ello, la relación finalizaría el 21 de octubre de 2016 (fl. 34), empero, el 8 de agosto de la misma anualidad, la empleadora informó su decisión de dar por terminado el contrato e invocó como justas causas:

A) . Por parte del empleador:

2.- Todo acto (...) malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el empleador, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.

9. El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del empleador.

10. La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales.

13. La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada.

Esta determinación se hace efectiva ya que se ha advertido inconformidad e incumplimientos de su desempeño laboral, lo cual da a entender que usted no tiene la mínima voluntad de trabajar con la copropiedad, motivo por el cual los propietarios, arrendatarios y usuarios del edificio, no tienen por qué verse sometidos a este tipo de situaciones.

En la misiva, además, se detallaron inconformidades respecto de su gestión, ventiladas en asamblea de copropietarios celebrada en «2016», le informaron que el 10 de agosto de ese año podría pasar *«por su liquidación laboral e indemnización»* (fls. 36 a 38). De conformidad con el folio 39, le

fue pagada la liquidación final de prestaciones sociales y vacaciones, además se le reconoció \$1.677.700 por «INDEMNIZACIÓN (09/08/2016 a 22/10/16)»

De conformidad con la historia clínica adosada a folios 80 a 176, se para cuando el contrato terminó, la accionante estaba siendo tratada por aumento progresivo de glándula tiroidea, bocio multinodular poliquístico, y el 13 de enero de 2016, fue remitida a cirugía para valoración (fl. 84). El 22 de junio se indicó que era asintomática (fl. 89). El 12 de julio de la misma anualidad consultó por «*cuadro clínico de 15 días de evolución consistente en sangrado escasa.... asociado a dolor pélvico, sin otro síntoma*». En el análisis quedó consignado:

PACIENTE CLÍNICAMENTE ESTABLE, CON ADECUADO PATRÓN RESPIRATORIO, SIN SIGNOS DE DESHIDRATACIÓN, NI SIRS, SIN DÉFICIT NEUROLÓGICO. NO PRESENTA SIGNOS DE DESCOMPENSACIÓN ACTUALMENTE, CUADRO CLÍNICO COMPATIBLE CON HIJA, SE CONSIDERA MANEJO MÉDICO AMBULATORIO CON RECOMENDACIÓN Y SIGNOS DE ALARMA, SE HACE ÉNFASIS EN LA SINTOMATOLOGÍA POR LA CUAL DEBA CONSULTAR INMEDIATAMENTE A URGENCIAS. REFIRIENDO ENTENDER Y ACEPTAR SEGUIMIENTO POR CONSULTA EXTERNA.

El 12 de julio de 2016, asistió al servicio de urgencia por dolor abdominal y le fue diagnosticada hemorragia vaginal y uterina anormal, no especificada y le fueron prescritos dos días de incapacidad (fl. 94). El 30 de julio siguiente, quedó consignado en la historia clínica: miomatosis uterina pequeña, y la observación de buscar otras causas del sangrado; se solicitó perfil hormonal y legrado ginecológico (fl. 99). Idime prescribió incapacidad médica para el 4 de agosto de 2016, nódulo tiroideo a estudio por biopsia (fl.101). La Cruz Roja Colombiana certificó que el sábado 6 de agosto asistió al servicio de urgencias, pero no le fue dada incapacidad médica (fl. 102). Luego, la historia clínica refiere fechas posteriores a la terminación del contrato, es así como para el 21 de septiembre de 2016, fue programada para legrado uterino; se remite a valoración por anestesia, y se diagnosticó con tensión alta (fl. 104). Se verifica que el procedimiento fue realizado el 14 de octubre, con adecuada evolución, luego en noviembre le fue practicada «*tireidectomía más vaciamiento central*» por

«Tumor de comportamiento incierto o desconocido de la glándula tiroides» (fl. 125 y 126) y el 28 de noviembre se sugirió practicar histerectomía total (fl. 129).

El anterior recuento permite verificar que para el 8 de agosto de 2016, la demandante tenía quebrantos de salud, pero estos incluso eran asintomáticos y no interferían en su desempeño laboral y aunque condujeron a intervenciones quirúrgicas, estas se practicaron después de finalizado el vínculo. En ese entendido, vale señalar que no está probado en el plenario que la demandada tuviera conocimiento de las patologías que aquejaban a la actora y ese hecho no puede presumirse de que hubiera solicitado permisos para asistir a citas médicas, máxime cuando las incapacidades fueron prescritas por 1 o 2 días y en toda la relación no sumaron más de 5 días, tampoco le fueron entregadas recomendaciones o restricciones a la trabajadora y pese a que mediante memorando n.º 001-2016 se le solicitó constancia del estado de salud, no obra medio de convicción que demuestre que acató la directriz del empleador.

No pasa por alto la Sala que el testigo Germán Ariza Suarez, expresó que la promotora pedía permisos o no iba a laborar porque tenía que acudir al servicio de salud a citas médicas por diferentes causas, porque tenía como «*principios de cáncer*», no obstante es claro, que esa aseveración corresponde, según se puede verificar en la historia clínica, a diagnósticos posteriores a la culminación de la relación de trabajo.

En ese horizonte, estima esta Colegiatura que la demandante no demostró limitación física, psíquica o sensorial a la terminación del vínculo que le impidiera desarrollar con normalidad las funciones de conserje para las cuales fue contratada, así mismo, no probó que el empleador conocía o tuvo la posibilidad de saber acerca de su estado de salud, por tanto, no resultaba necesario que previo al despido este tramitara ante el Ministerio de respectivo autorización para finalizar el contrato de trabajo. En consecuencia, no hay lugar a declarar ineficaz la terminación del mismo, ni a condenar al pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

No debe obviarse que, conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la estabilidad laboral reforzada se concibe como una garantía para prevenir o sancionar conductas discriminatorias en contra de los trabajadores afectados por una condición especial de salud, física o sensorial, que afecta significativamente su desempeño en el entorno laboral. Además, en sentencia CSJ SL4632-2021 se afincó que para que opere dicha estabilidad, no es necesario que el trabajador esté reconocido en dicha condición o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador.

En el subexámine, las probanzas reflejan la mayoría de problemas de salud tan solo tras la finalización del vínculo ya que antes esta, se mostraba asintomática y sin patologías significativas que trascendieran en sus labores o que pudieran ser apreciadas por la demandada. En ese entendido, la decisión de desvincular a la trabajadora no luce discriminatoria, por lo que la protección a la estabilidad no se abre paso.

En ese orden, se modificará la decisión de primer grado en el sentido de declarar que no hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción y que las pretensiones relativas a la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no son procedentes pero por las razones antedichas.

Sin costas, dada su no causación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar **NO PROBADA** la excepción de prescripción respecto de las pretensiones relativas a la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y **NEGAR** las pretensiones de la demanda relativas a estos asuntos.

Se confirma en lo demás.

Sin costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 020 2020 00290 01
DEMANDANTE: LUIS ALEJANDRO VARGAS CUADROS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de septiembre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se coligió que una decisión en ese sentido podría conllevar el quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de “*congruencia interna*” que, según la Sala de Casación Laboral “(...) *exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive*” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (CC-145-1998); así mismo, este deber, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de la providencia, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la ineficacia de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. y válidamente afiliado al régimen de prima con prestación definida (RPM). En consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. enviar a

Colpensiones el saldo de la cuenta individual y los gastos de administración de forma integral. A esta a aceptar el retorno de la afiliación y recibir los recursos. Así mismo, a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que se afilió al régimen de prima media con prestación definida (RPM), se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de AFP Porvenir S.A. Adujo que el asesor de la AFP le indicó que al trasladarse no perdería los beneficios de RPM, pero no le brindó información consistente, veraz y objetiva de las características de cada régimen, tampoco sobre sus ventajas y desventajas. Finalmente, solicitó a las demandadas la anulación de la afiliación, pero la respuesta fue negativa (expediente digital, demanda fls 1 a 15).

Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió la afiliación al Instituto de Seguro Social, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de *«errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil»*, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente oficio. En su defensa argumentó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, no hizo uso del derecho de retracto y en la actualidad se encuentra incurso en una prohibición legal para retornar a RPM, con todo en el traslado no se configuró vicio de consentimiento algún que conlleve la declaratoria de ineficacia del traslado (expediente digital, contestación Colpensiones fls. 4 a 49),

La AFP Porvenir S.A se opuso a las peticiones. Manifestó que los hechos no son ciertos o no le constan. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables de oficio. Expuso que el traslado

al RAIS fue producto de la decisión libre y voluntaria de la demandante que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, en el cual quedó consignado que conocía las implicaciones de su decisión, por tanto no se configura ningún vicio del consentimiento, menos cuando se pretende hacer valer transcurridos más de 20 años. Refirió que no es procedente ordenar el traslado de gastos de administración, pues estos rubros también se hubieran descontado en RPM (expediente digital, contestación Porvenir S.A. fls. 3 a 42)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 1 de septiembre de 2021 (fls. 3 a 5), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado del régimen pensional de prima media al de ahorro individual efectuado por el señor Luis Alejandro Vargas Cuadros el 25 de septiembre del año 2.000 al fondo pensional Porvenir S.A. conforme a lo considerado precedentemente.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Porvenir S.A. devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotización obligatoria a pensiones del afiliado Luis Alejandro Vargas Cuadros, junto con los rendimientos financieros causados con destino a Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiere a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a Colpensiones y a Porvenir S.A. y a favor de la parte actora. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes pagaderos a cuota parte.

QUINTO: Sea o no sea apelada la presente decisión remítase al superior Tribunal de Bogotá Sala Laboral, para que sea revisada en su integridad a través del grado jurisdiccional de consulta. Teniendo en cuenta que la presente decisión fe completamente adversa a Colpensiones entidad y régimen general de pensiones del cual es garante la Nación.

Como sustento de su decisión, señaló que Porvenir no demostró que cumplió con el deber de información a su cargo, pues no expuso al actor las características, ventajas y desventajas del RAIS, lo que lleva a concluir que en la decisión de cambiarse no medió consentimiento informado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones suplicó revocar la decisión porque la parte accionante no demostró que en el acto jurídico cuestionado medió vicio del consentimiento alguno.

La AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia, bajo el argumento de que atenta contra los principios de la confianza legítima e interpretación restrictiva de las sanciones. Alega que no es dable en aplicación de la jurisprudencia, exigirle acreditar requisitos no previstos en la norma al momento del traslado, como conservar documentos distintos al formulario de afiliación. Señaló que la inconformidad en el monto de la pensión no es una razón atendible para ordenar el traslado, máxime cuando de la declaración de parte se extrae que el accionante si recibió información sobre las características del régimen.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la

misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió

con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas (expediente digital, contestación Colpensiones fl. 72), el actor se afilió al Instituto de Seguro Social el 1 de agosto de 1978, migró al RAIS, administrado por Porvenir S.A. el 25 de septiembre de 2000 (expediente digital, contestación Porvenir S.A. fl. 76), con la suscripción del formulario de vinculación en el que se puede leer la inscripción:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO EN FORMA LIBRE ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL. HABIENDO SIDO ASESORADO SOBRE TODOS LOS ASPECTOS DE ESTE, PARTICULARMENTE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, BONOS PENSIONALES Y LAS IMPLICACIONES DE LA DECISIÓN. ASÍ MISMO HE SELECCIONADO A PORVENIR S.A. PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PORPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS. IGUALMENTE DECLARO QUE HE SIDO INFORMADO DEL DERECHO QUE ME ASISTE DE RETRACTARME DENTRO DE LOS CINCO (5) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A LA FECHA DE LA PRESENTE SOLICITUD.

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que para la época del traslado a su lugar de trabajo llegó un representante del fondo quien le manifestó que el Instituto de Seguro Social se iba a acabar y *«la plata que tenía ahí se perdería»* que su opción era trasladarse *«de manera rápida»* para obtener mayores *«dividendos»* a los que ofrecía el ISS, Admitió que no fue al ISS a verificar la información y que el anhelo de regresar a Colpensiones radica en que allí podrá obtener una pensión digna.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al

demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, por ello la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia «*de la afiliación o traslado*», porque la primera es el acto de vinculación inicial al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta al deber de información al momento del traslado.

Por tanto, Porvenir, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por lo que la decisión se modificará en esta parte. Debe precisarse que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de septiembre de 2021, en el sentido de declarar únicamente la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por el demandante el 25 de septiembre de 2000, a través de la AFP Porvenir S.A.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la decisión en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, los bonos pensionales, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán

discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



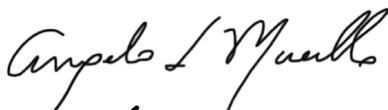
LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Aclaración de voto



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 026 2018 00629 01
DEMANDANTE: SANDRA PATRICIA RAMÍREZ HERNÁNDEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y
OLD MUTUAL SKANDIA PENSIOENS Y CESANTIAS
S.A.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de febrero de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de “*congruencia interna*” que, según la Sala de Casación Laboral “(...) *exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive*” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «*ineficacia de la afiliación en pensiones*» al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A., que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida (RPM) y que todos los traslados horizontales carecen de validez jurídica. En consecuencia, se

ordené a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes incluidos rendimientos, deducciones por gastos de administración, descuentos para los seguros de invalidez y sobrevivientes. A Colpensiones a recibir los aportes, actualizar la historia laboral y activar la afiliación. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*. Subsidiariamente pide se declare «nula» la afiliación en pensión al RAIS a través de la AFP Protección S.A.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 14 de mayo de 1962, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1 de septiembre de 1986 y cotizó 476 semanas. El 1 de marzo de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Protección S.A. posteriormente cambió horizontalmente a Skandia, hoy Old Mutual S.A. y a Porvenir S.A. Adujo que ninguno de los fondos privados le informó sobre las características de cada régimen, las ventajas, desventajas y consecuencias del cambio. El 12 de mayo de 2009, la AFP Protección elaboró proyección según la cual allí obtendría una mesada tres veces superior que en el régimen de prima media. Finalmente, que reclamó administrativamente a las demandadas (fl. 2 a 28, 117 y 118 subsanación).

La AFP Old Mutual se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación a ese fondo, los traslados horizontales. Manifestó que no son ciertos o no le constan los restantes hechos. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y las declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que el demandante se afilió a esta AFP con conocimiento previo del régimen de ahorro individual, pues asesores capacitados e idóneos le brindaron la información correspondiente. Además señaló que esta vinculación no le generó perjuicio alguno ya que el traslado entre administradoras no afecta el régimen pensional y que la actora no cumple con los parámetros legales para retornar a RPM (fls. 147 a 155).

La AFP Protección S.A. rechazó la totalidad de las suplicas. Aceptó el natalicio de la actora, las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, que realizó proyección pensional y que la accionante solicitó retornar a prima media. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Planteó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones, *«reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»*, *«inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»* y las declarables de oficio. Expuso como argumentos de defensa, que la demandante se trasladó de forma libre y voluntaria tal como puede leerse en el formulario de afiliación que suscribió y no es posible exigirle a la Administradora que acredite que brindó información en términos no previstos para la época, ni ordenar el traslado de quien no ejerció el derecho de retracto y tiene como único argumento de inconformidad el monto de la pensión (fls. 208 a 220).

Porvenir S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales y la afiliación al fondo. Manifestó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. Sostuvo que no hay razones para decretar la ineficacia o nulidad del traslado, pues la AFP cumplió cabalmente con la obligación de brindar asesoría en los términos en que la ley lo disponía para la época y la demandante, persona plenamente capaz suscribió el formulario de vinculación de manera libre y voluntaria (fls. 243 a 265).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación al Instituto de Seguro Social, las semanas cotizadas, la proyección pensional, los traslados

horizontales y la reclamación administrativa. Manifestó que los restantes hechos no le constaban. Formuló la excepción de mérito especial protección sostenible fiscal y equilibrio financiero y las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena y las demás declarables oficiosamente. Sostuvo en defensa de sus intereses que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y por tanto no puede retornar a RPM en cualquier momento, pues se está incurso en una prohibición legal y el traslado no adolece de nulidad alguna (fls. 304 a 322).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de febrero de 2021 (fl. 408), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante Sandra Patricia Ramírez Hernández identificada con cédula de ciudadanía n.º 39.661.080 al régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir de febrero de 1996, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al Fondo de Pensiones Porvenir S.A. a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones para que acepte dicha transferencia y acepte para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante conforme a la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR a pagar las costas de esta instancia a la AFP Protección S.A. fijándose como agencias en derecho la suma de \$600.000.

Como sustento de su decisión, concluyó que la AFP no demostró haber brindado información clara, suficiente, oportuna y eficaz a la accionante que le permitiera tomar la decisión más conveniente para su futuro pensional. Indicó que los actos de relacionamiento no tienen la entidad de superar la deficiencia de la afiliación, tampoco el traslado entre administradoras.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la AFP Porvenir S.A. apeló lo resuelto, sostuvo que si bien existe un precedente judicial, este no puede aplicarse de plano sin tomar en consideración las particularidades de cada caso. Refirió que el traslado de la accionante es válido porque la AFP cumplió con los requisitos previstos en la norma para la época y no es dable exigir la acreditación de trámites incorporados en el ordenamiento jurídico con posterioridad. Expuso que la demandante no contaba con una expectativa legítima de pensionarse, tampoco era posible determinar el régimen que más le convenía, pues deben tomarse diferentes variables que no se habían configurado para ese momento. Adujo que actúa como un tercero de buena fe, porque recibió a la demandante en razón de un traslado horizontal, en el 2012, anualidad en que estaba imposibilitada para retornar al régimen de prima media en razón de la edad.

Solicito revocar la orden de devolver gastos de administración y rendimientos, pues actuó de buena fe, proporcionó información a la accionante conforme a sus particularidades y porque estas sumas fueron descontadas por mandato legal, compensaron la administración de la cuenta individual, que generó rendimientos equivalentes a tres veces el capital aportado y mantuvieron a la actora para los riesgos de invalidez y muerte.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia

adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de*

la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas de folios 46 y 324, la actora se afilió al ISS el 1 de septiembre de 1986, migró al RAIS, administrado por Protección S.A. el 27 de febrero de 1996 (fl. 225), posteriormente, a la AFP Old Mutual el 1 de enero de 2000, a Horizonte S.A. el 1 de noviembre de 2012 y a partir del 1 de enero de 2014 en adelante ha estado vinculada a Porvenir S.A. (fl. 276).

En el formulario de traslado de régimen se puede leer previo a la rúbrica de la demandante:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LO HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE ESPONTÁNEA Y LIBRE DE PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la época del traslado laboraba en «*Aerolíneas Centrales de Colombia*», allí se realizó una reunión en la que representantes del fondo privado indicaron que el Seguro Social se iba a acabar, que debían cambiarse al RAIS donde

obtendrían pensión anticipada. Señaló que se ubicaron dos personas: el asesor del fondo quien diligenció el formulario y un representante de Recursos Humanos a quien se le entregaba el documento, quien les dijo que la AFP pertenecía al mismo grupo económico y era decisión de la empresa hacer el cambio de pensiones. Refirió que les indicaron que podrían pensionarse anticipadamente. Admitió que en el año 2009 le fue realizada proyección pensional que arrojó como resultado que en el RAIS la mesada sería de \$1'790.000, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$490.000, pero no le explico que pasaría si no acumulaba el capital suficiente, tampoco le advirtió que sería inferior si dejaba de cotizar, no le dieron información adicional y ella no solicitó explicaciones. Refirió que se trasladó a Old Mutual en 2010 porque la hija de una vicepresidenta trabajaba en ese fondo y le ofreció mayores rendimientos y pensionarse con el mismo salario con el que cotizaba, luego la AFP le envió una carta en la que le informaba sobre los multifondos, intentó comunicarse con la asesora pero nunca recibió respuesta. Cambió horizontalmente a Porvenir a finales de 2016, allí se enteró que el bono pensional solo le sería reconocido en 2022, época para la que tendrá 60 años y es muy difícil mantener una vinculación laboral, por eso decidió buscar asesoría legal e iniciar el proceso. Admitió que para mejorar el monto de su pensión realizó aportes voluntarios a Porvenir, cuando sus hijos se graduaron de la universidad y que desea regresar a prima media para obtener una mesada que se compadezca con las cotizaciones efectuadas en toda su vida.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019).

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020) Criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Porvenir a la que se encuentra actualmente afiliada la accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por tanto la decisión se modificará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los

conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Protección S.A. y Old Mutual de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de febrero de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a las AFP Protección S.A. y Old Mutual a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 027 2020 00064 01
DEMANDANTE: DIANA ZANDRA DEL PILAR BAQUERO ÁNGEL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de agosto de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de “*congruencia interna*” que, según la Sala de Casación Laboral “(...) *exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive*” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «*nulidad o ineficacia*» del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al

régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). En consecuencia, se condene a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y rendimientos causados. Declarar que Colpensiones es responsable del reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 4 de noviembre de 1965, empezó a cotizar al Sistema General de Pensiones desde el 16 de abril de 1990. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Davivir, hoy Protección S.A. en 1994. Adujo que el asesor comercial le manifestó que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría y su única opción era fondo trasladarse al privado, en donde se pensionaría anticipadamente y con una mesada superior. Señaló que el 12 de noviembre de 2019, Colpensiones certificó que se encuentra vinculada a ING desde el 1 de agosto de 1996, empero el formulario de afiliación con Davivir se diligenció en 1994. La AFP le realizó proyección que arrojó como resultado que allí la mesada sería de \$1.865.008, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$2.523.868. Finalmente, que las demandadas le negaron la solicitud de traslado (fls. 3 a 14).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora, la fecha de afiliación a RPM, las semanas cotizadas, el certificado emitido el 12 de noviembre de 2019, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle los demás hechos. Formuló las excepciones de descapitalización del sistema pensional, «*errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil*», inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que la

demandante esta incurso en una prohibición legal para retornar a RPM en razón de la edad y el traslado no puede ejecutarse por la inconformidad en el monto de la mesada pensional. Señaló que corresponde a la actora demostrar que la afiliación adolece de causal de nulidad (fls. 68 a 84).

La AFP Protección S.A. rechazó el éxito de las aspiraciones. Aceptó la data de nacimiento de la actora, el traslado de régimen, la proyección pensional y la solicitud de traslado con su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no le constarle los demás hechos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, *«reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»*, *«inexistencia de la obligación de devolver al seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»* y las demás declarables de oficio. Expuso que sus actuaciones han estado revestidas de buena fe y legalidad y el traslado es la materialización de un acto libre y voluntario del demandante, respecto del cual no es posible acreditar requisitos introducidos en el ordenamiento jurídico (fls. 85 a 94).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 20 de agosto de 2021 (fl.101) resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora Diana Zandra del Pilar Baquero Ángel del régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por la AFP Protección S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Diana Zandra del Pilar Baquero Ángel como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses, generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de

la pensión mínima conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a tener como válidamente afiliada a la demandante al régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado y a recibir las cotizaciones provenientes de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

CUARTO: DECLARAR que será Colpensiones la encargada de reconocer un eventual derecho pensional de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y por el Fondo de Pensiones.

SEXTO: CONDENAR a la demandada AFP Protección a pagar las costas del proceso en la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho. No se condena en costas a Colpensiones comoquiera que quien dio inicio al proceso fue la AFP Protección S.A.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Protección no demostró que al momento del traslado ilustró de manera clara y suficiente a la potencial afiliada sobre las características del régimen y las consecuencias de la decisión en su futuro pensional, para que pudiera tomar una decisión informada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones aspira se revoque la decisión, por considerar que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición, por ello no le está permitido trasladarse en cualquier tiempo, por el contrario está inmersa en una prohibición legal de hacerlo en razón a su edad. Sostuvo que la entidad no participó en el acto jurídico cuestionado; sin embargo se ve afectada con la sentencia, pues debe asumir la afiliación de la demandante quien no aportó al fondo común, lo que atenta contra el principio de la sostenibilidad financiera, pues aunque se ordena el traslado del capital en cuenta individual estos recursos no son suficientes para subsidiar el beneficio pensional. Solicitó no ser gravada con costas en segunda instancia.

La AFP Protección S.A suplicó revocar la decisión, en cuanto le ordenó trasladar los gastos de administración, pues fueron descontadas por mandato legal, retribuyeron la buena gestión de la AFP que generó rendimientos a la cuenta individual, mantuvo cubierta a la accionante para los riesgos de invalidez y muerte a través de la póliza de seguro contratada con un tercero a quien se le pagó la prima correspondiente, además porque estos recursos no constituyen el capital para financiar la pensión por lo que su reclamación está sujeta a la prescripción y porque se generarían un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen

del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios,

pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas de folios 39 y 97 del expediente administrativo, la actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 16 de abril de 1990, migró al RAIS, administrado por Davivir

S.A. el 3 de octubre de 1994 (fl. 29 y 98 CD fl. 29) posteriormente, a Colmena el 1 de agosto de 1996, a ING el 1 de abril de 2000 y a Protección S.A. a partir del 31 de diciembre de 2012 (fl. 98 CD, fl. 53).

En el formulario de traslado de régimen puede leerse:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS DAVIVIR S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PORPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se trasladó al RAIS porque se «rumoraba» que el Seguro Social iba a desaparecer y el Estado no respondería por las pensiones a cargo de esta entidad. A su lugar de trabajo se presentaron asesores del fondo privado, quienes manifestaron que para trasladarse debía tener más de 3 años afiliados al ISS, para no perder el bono pensional, ella y la mayoría de sus compañero se cambiaron porque les ofrecieron pensionarse anticipadamente, pues su dinero generaría rentabilidad ya que sería invertido y por esta razón la pensión sería superior. Expuso que no le hablaron sobre las características de cada régimen y la forma en que se alcanzaba la pensión en cada uno. Cuando cumplió 50 años de edad, en el 2015, un asesor la visitó en su casa pero a ofrecerle portafolios de inversión y ella escogió el portafolio moderado.

A solicitud de la parte demandante fueron decretados y practicados los testimonios de Yhery Rojas Morales y Duvi Stella Figueroa, quienes fueron compañeras de trabajo de la promotora del juicio, estuvieron presentes cuando los asesores de la AFP adelantaron la reunión en la sede de la empresa. Fueron coincidentes en indicar que los representantes del fondo les dijeron que el ISS se acabaría, que al trasladarse podrían acceder a la pensión de manera anticipada y con un monto superior.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Davivir hoy Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado. El que tampoco puede verse validado por el traslado entre administradoras, máxime en el presente asunto en que el cambio se dio por fusión o absorción entre las diferentes AFP.

Importa reiterar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020) Criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), tal como acertadamente concluyó el Juez de conocimiento. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). Por tanto la sentencia será adicionada en esta parte.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de

cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de agosto de 2021, en el sentido de indicar que al momento de trasladar los dineros, los conceptos ordenados deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

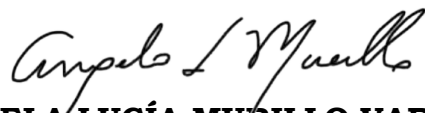
Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaración de voto
027 2020 00064 01



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 029 2021 00049 01
DEMANDANTE: MARTHA LUZ CHACÓN PÁEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de septiembre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de *“congruencia interna”* que, según la Sala de Casación Laboral *“(…) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive”* (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con *“miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta”*. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. que para todos los efectos está válidamente afiliada a régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia,

se condene al fondo privado a trasladar a Colpensiones el valor total de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la cotizante y a esta última a aceptar el traslado. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 30 de diciembre de 1963. Realizó aportes a prima media desde el 1 de mayo de 1984 a través de empleadores privados, también estuvo vinculada a la Contraloría de Cundinamarca entidad que cotizó a Caprecundi desde el 9 de octubre de 1987 hasta el 21 de agosto de 1990. Suscribió formulario de vinculación a la AFP Porvenir S.A. el 9 de noviembre de 1999, sin recibir información sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS. Refirió que, conforme a proyección pensional realizada por el fondo, allí su mesada sería de un salario mínimo legal mensual vigente, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$2'902.013. Finalmente, que las demandadas le negaron la solicitud de traslado (expediente digital).

La AFP Porvenir S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la vinculación al fondo privado. Manifestó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. En defensa de sus intereses arguyó que no razones para declarar la ineficacia del traslado porque antes de adoptar la decisión la demandante recibió información completa, veraz y oportuna, suscribió el formulario de afiliación correspondiente y este acto jurídico fue validado por la Superintendencia Financiera (expediente digital).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no le constaban los restantes hechos. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal,

cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y las demás declarables oficiosamente. Sostuvo que la afiliación al RAIS es plenamente válida y de existir cualquier nulidad esta se saneó con los más de 22 años de permanencia y cotización a este régimen (expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de septiembre de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional que hiciera la señora Martha Luz Chacón Páez identificada con la cedula de ciudadanía numero 51.778.821 ante la sociedad administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 9 de noviembre del 1999, con fecha de efectividad el 1 de enero de 2000, por los motivos expuestos en la sentencia, en consecuencia declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó del régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida

SEGUNDO: ORDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación que la demandante Martha Luz Chacón Páez por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el termino de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora por conceptos de cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

QUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: De no ser apelada la sentencia por parte de Colpensiones enviar en consulta ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá tal como lo dispone el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que al momento del traslado brindó a la accionante información que le permitiera conocer las implicaciones de su decisión en su futuro pensional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones solicitó ordenar la devolución de los gastos de administración en aplicación de la línea jurisprudencial fijada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información

necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según liquidación provisional de historia laboral, la actora se afilió al ISS el 1 de mayo de 1984, migró al RAIS, administrado por la AFP Porvenir S.A. el 9 de noviembre de 1999, con la suscripción de formulario de afiliación (fls. 64 demanda y 73 contestación Porvenir S.A., expediente digital) en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL HABIENDO SIDO ASESORADO SOBRE TODOS LOS ASPECTOS DE ESTE. PARTICULARMENTE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, BONOS PENSIONALES, Y LAS IMPLICACIONES DE MI DECISIÓN, ASÍ MISMO HE SELECCIONADO A PORVENIR S.A. PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES, TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS. IGUALMENTE DECLARO QUE HE SIDO INFORMADO DEL DERECHO QUE ME ASISTE DE RETRACTO DENTRO DE LOS DÍAS 5 HÁBILES SIGUIENTES A LA FECHA DE LA PRESENTE SOLICITUD.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la época del traslado prestaba servicios a la Universidad de Cundinamarca sede de Fusagasugá. A través del área de Recursos Humanos se realizó una reunión a la que asistieron aproximadamente 470 personas de diferentes sedes quienes debían legalizar sus contratos ese día, un funcionario de Porvenir les dio una charla en la que hizo énfasis en que el ISS se iba a acabar, y que ante la «inestabilidad de la entidad» la posibilidad de perder los recursos era alta, entre tanto con el fondo la pensión sería alta, segura y a cualquier edad. Expuso que proporcionó los datos para diligenciar el formulario de manera voluntaria y lo firmó convencida de las ventajas que le ofrecieron. Admitió que recibe extractos, pero no entiende su contenido. Por problemas de salud se acercó a la AFP a averiguar sobre su pensión y en ese momento se enteró que la pensión sería equivalente al salario mínimo. Que no corresponde a los 36 años que ha trabajado

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa reiterar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020) Criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta sentencia.

Impone señalar que la acción de inejecución es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de septiembre de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 030 2019 000873 01
DEMANDANTE: MELBA YANIRA CASTRO BERNAL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandada AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de junio de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de “*congruencia interna*” que, según la Sala de Casación Laboral “(...) *exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive*” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado el 11 de septiembre de 2000 a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se «retrotraigan» las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a

tenerla entre sus afiliados como si nunca se hubiera traslado, en virtud del regreso automático. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 27 de abril de 1959. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir el 11 de septiembre de 2000. Adujo que el asesor comercial del fondo no le brindó información clara completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen conforme a sus circunstancias particulares, pues se limitó a indicarle los beneficios del RAIS. Le fue entregada proyección según la cual la mesada en el fondo sería de \$828.116, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$2.383.910. Finalmente, que Colpensiones le negó la solicitud de traslado (fls. 24 a 29).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento del actor, el traslado de régimen y la reclamación administrativa. Manifestó no constarle los demás hechos. Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, expuso que la demandante no puede retornar a RPM, porque no es beneficiaria del régimen de transición y está incurso en una prohibición legal, pues cuenta más de 47 años. Además que el traslado de régimen es válido dado que no se evidencia la configuración de vicio del consentimiento alguno (fls. 64 a 68).

La AFP Porvenir S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Manifestó no ser ciertos o no le constarle los hechos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. Arguyó que la demandante se trasladó de forma libre y voluntaria, sin que mediara algún vicio del consentimiento (fl. 75 cd, carpeta 7, fls. 1 a 23).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 4 de junio de 2021(fl.s.77 a 78), resolvió:

PRIMERO: DECLÁRESE ineficaz el traslado de régimen que hizo la demandante Melba Yanira Castro Bernal identificada con la cedula de ciudadanía número 21.236.718 del régimen de prima media con prestación definida administrada en su momento por el extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Horizontes Pensiones y Cesantías hoy a Administradora de Fondos y Cesantías Porvenir S.A. con efectividad a partir del 1 de noviembre del 1 de noviembre del 2000 conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLÁRESE válidamente vinculada a la demandante Melba Yanira Castro Bernal identificada al régimen de prima media con prestación definida administrada hoy por la administradora de Colombiana de Pensiones Colpensiones conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDÉNESE a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir a devolver a Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad, esto es, desde el 1 de noviembre del año 2000 hasta cuando se haga efectivo el traslado. Los costos cobrados por concepto de administración deben ser devueltos del patrimonio del fondo y debidamente indexados conforme a lo expuesto.

CUARTO: ORDÉNESE a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el régimen de prima media con prestación definida.

QUINTA: DECLARÉNSE no probadas las excepciones planteadas por las accionadas conforme a lo expuesto.

SEXTO: CONDENAR en costas a la Administradora de fondo de pensiones Porvenir S.A. a favor de la parte actora, liquídense por secretaria incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$3.488.000.

SÉPTIMO: Sin costas ni a favor ni en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

OCTAVO: CONCÉDASE el grado jurisdiccional de consulta a favor de la de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que cumplió con el deber de información a su cargo, pues no expuso al actor

las características, ventajas y desventajas del RAIS, lo que lleva a concluir que en la decisión de cambiarse no medió consentimiento informado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia bajo el argumento que no es posible exigir a las AFP acreditar que brindó información al amparo de preceptos, introducidos en el ordenamiento jurídico con posterioridad al traslado. Alegó que la accionante está inmersa en prohibición de regresar al régimen de prima media y la orden impartida atenta contra el principio de sostenibilidad financiera, máxime cuando el anhelo de traslado radica en el monto de la mesada pensional y no por la falta de información. Refirió que no es procedente ordenar el traslado de gastos de administración, dado que estas sumas no integran el capital destinado a financiar la pensión y por tanto son objeto de prescripción, además se generaría un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones, porque esta entidad no administró los recursos de la accionante.

Colpensiones solicitó revocar la decisión, al argumentar que el traslado se realizó conforme a las exigencias y normativas vigentes para la época. Solicitó adicionar la sentencia para condenar a Porvenir trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta pensional de la demandante junto con los gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los costos del fondo de garantía de pensión mínima de forma indexada.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es

procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos

los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas de folios 69, la actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 6 de agosto de 1980, migró al RAIS, administrado por Horizonte el 19 de septiembre de 2000, con la suscripción del formulario de afiliación (fl. 75 CD, cuaderno 7, fl. 60), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LO HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGID A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE S.A., PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS

Posteriormente, se trasladó a la Porvenir S.A., a partir del 5 de junio de 1998 según consta en certificado emitido por Asofondos (fl. 75 CD, cuaderno 7, fl. 58)

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para el momento del traslado estaba vinculada con la «Fiscalía» allí una representante del fondo le informó que el Instituto de Seguros Sociales sería liquidado, que la mejor opción era trasladarse de manera inmediata al fondo privado, porque se pensionaría en menos de 20 años y con mesada superior, razones que la llevaron a suscribir libremente el formulario de afiliación. Indicó que en 2019, la AFP le informó que le sería reconocido un salario mínimo como mesada pensional; sus abogados

proyectaron que en Colpensiones la mesada sería de \$2.400.000. Manifestó que su deseo de retornar al régimen de prima media es obtener una pensión digna.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

Importa reiterar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos

recursos debieron ingresar a RPM (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020) Criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Porvenir S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas,

la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de junio de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaración de voto
030 2019 00873 01



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 030 2020 00037 01
DEMANDANTE: ANITA OSORIO MORENO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Colfondos S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de septiembre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de “*congruencia interna*” que, según la Sala de Casación Laboral “(...) *exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive*” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad del traslado y afiliación del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado el 1 de mayo de 1999 a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se

ordene al fondo privado trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos de la cuenta de ahorro individual. A esta última a aceptar los aportes. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita* e imponer las costas del proceso a Colfondos S.A.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 31 de diciembre de 1965, se afilió al régimen de prima media con prestación definida (RPM) a través del Instituto de Seguros Sociales el 1 de octubre de 1994. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colfondos, el 1 de mayo de 1999. Adujo que el asesor comercial del fondo le informó que al cambiarse se pensionaría anticipadamente y con un monto superior, porque no era necesario acreditar una edad mínima, tampoco un número de semanas determinado. Empero no le habló sobre las desventajas del traslado. Finalmente, que las demandadas negaron el traslado del régimen (expediente digital, archivo 00 fls. 45 a 63).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales. Manifestó no constarle los demás hechos. Formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. Expuso que la ley dispone el periodo en el cual los afiliados pueden trasladarse entre regímenes y como la demandante no es beneficiaria del régimen de transición no puede obviarlo. Sostuvo que el traslado al RAIS tiene plena validez y se ha visto ratificado con el largo periodo de permanencia (expediente digital, archivo 07).

La AFP Colfondos S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó la fecha de nacimiento de la accionante y la solicitud de traslado al régimen de prima media. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos restantes. Propuso las excepciones de buena fe, compensación y pago; y las demás declarables oficiosamente (expediente digital, archivo 13 fls. 1 a 7).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de septiembre de 2021 a folios 2 a 3, resolvió:

PRIMERO: DECLÁRESE ineficaz el traslado del régimen pensional que hizo la demandante la señora Anita Osorio Moreno del régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A. pensiones y cesantías mediante formulario de afiliación No. 6905460 del 22 de marzo de 1999, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLÁRESE válidamente vinculada a la demandante señora Anita Osorio Moreno al régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, conforme a lo indicado en la parte motiva.

TERCERO: CONDÉNESE a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el tiempo que permaneció en dicho régimen, esto es, desde el 1 de mayo de 1999 y hasta cuando se haga efectivo el traslado, estos últimos deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora, pero además deben ser devueltos debidamente indexados.

CUARTO: ORDÉNESE a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: DECLÁRESE no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEXTO: Sin costas si a favor ni en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y de Colfondos S.A. pensiones y cesantías.

SEPTIMO: CONCÉDASE el grado jurisdiccional de consulta a favor de Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que cumplió con el deber de información a su cargo, pues no expuso al actor las características, ventajas y desventajas del RAIS, lo que lleva a concluir que en la decisión no medió consentimiento informado, el cual no puede tenerse por superado únicamente con la suscripción del formulario de afiliación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colfondos S.A., suplicó revocar la sentencia en cuanto la condenó a devolver debidamente indexados los dineros de la cuenta individual, pues la AFP generó rendimientos que compensan la pérdida del valor adquisitivo del dinero que también se ordena trasladar pues esto generaría un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de

cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas, la actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1 de octubre de 1994 (expediente digital, archivo 00 fl. 21 y archivo 09), migró al RAIS, administrado por Colfondos S.A. el 22 de marzo de 1999, con la suscripción del formulario de afiliación (expediente digital, archivo 13 fl. 94), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. COLFONDOS PARA QUE ADMINISTRE

MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS AQUÍ REPORTADOS SON VERDADEROS.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa reiterar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-

2020) Criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). En consecuencia la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP.

Importa señalar que en la sentencia de primera instancia, se ordenó la devolución de las sumas descontadas por concepto de gasto de administración, debidamente indexadas, lo cual estima pertinente la colegiatura, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y la demandante no está llamada a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta

declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de septiembre de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA/LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Aclaración de voto

030 2020 00037 01



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 030 2020 00114 01
DEMANDANTE: EDUARDO GABRIEL CARRILO ALONSO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de julio de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de “*congruencia interna*” que, según la Sala de Casación Laboral “(...) *exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive*” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la «*nulidad o ineficacia*» del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de

la AFP Porvenir S.A. y se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima con prestación definida (RPM). En consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de administración y gastos de pólizas por invalidez, muerte y los aportes. A la última a reactivar la afiliación, recibir los recursos y actualizar la historia laboral. Así mismo, a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más las costas del proceso. Subsidiariamente solicita se declare que «*inexiste*» el acto del traslado y las demás súplicas relacionadas con la entrega y aceptación de dineros.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 11 de abril de 1960, se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 28 de abril de 1995. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), el 5 de mayo de 1995 a través de AFP Porvenir S.A. Adujo que el representante de las AFP al momento del cambio y en vigencia de la vinculación no le proporcionó información necesaria y verás de las consecuencias del traslado, las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas, apenas le indicó que podía pensionarse a la edad y con el monto que quisiera, pero no le explicó cómo podía hacerlo. De acuerdo a proyección realizada por el fondo allí obtendría a los 62 años una mesada de \$2.455.200, entre tanto en Colpensiones, ascendería a \$8.262.859. Finalmente, solicitó a las demandadas la anulación de la afiliación, pero recibió respuesta negativa (fls. 49 a 84).

La AFP Porvenir S.A se opuso a las súplicas. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación del demandante fue el producto de una decisión libre y voluntaria, quien suscribió el formulario en el que quedó consignado que era consciente de las implicaciones y efectos del cambio. Señaló que garantizó el derecho al retracto, no obstante la vinculación ha subsistido por más de 25 de años.(expediente digital carpeta 4 fls. 1 a 41).

Colpensiones rechazó las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del actor, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle los demás hechos. Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, buena fe y las demás declarables oficiosamente oficio. Argumentó que la demandante no puede regresar al régimen e prima media porque está incurso en una prohibición legal en razón de la edad y porque en el acto de traslado no medió vicio del consentimiento alguno (expediente digital carpeta 6 fls. 1 a 13).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de julio de 2021 (fls. 83 y 84), resolvió:

PRIMERO: DECLÁRESE ineficaz el traslado del régimen pensional que hizo el demandante señor Gabriel Eduardo Carrillo Alonso (sic) del Instituto de Seguros Sociales administrador del régimen de prima media a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. administradora del régimen de ahorro individual mediante la firma del formulario de afiliación No. 00518521 del 5 de mayo de 1995, que cobro efectividad a partir del 1 de junio de 1995, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLÁRESE válidamente vinculado al demandante señor Gabriel Eduardo Carrillo Alonso (sic) al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDÉNESE a la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante el lapso que permaneció en dicho régimen, esto es, desde el 1 de junio de 1995 y hasta cuando se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y además deben ser devueltos debidamente indexados.

CUARTO: ORDÉNESE a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: DECLÁRENSE no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEXTO: CONDÉNESE en costas de esta instancia a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A. a favor del

demandante, por secretaria practíquese la liquidación de costas incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$3'488.000.

SEPTIMO: Sin costas, ni a favor ni en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

OCTAVO: CONCÉDASE el grado jurisdiccional de consulta a favor de Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que cumplió con el deber de información a su cargo, pues no expuso al actor las características, ventajas y desventajas del RAIS, lo que lleva a concluir que en la decisión de cambiarse no medió consentimiento informado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia, bajo el argumento que cumplió con el deber de informar al demandante sobre las características del RAIS. Expuso que conforme a la declaración de parte aunque sabía que podía retornar a RPM no lo hizo, por el contrario permaneció afiliado voluntario y hoy está incurso en prohibición de retornar a Colpensiones en razón de su edad. Señaló que no es dable exigirle acreditar requisitos que fueron incorporados en el ordenamiento jurídico después de la suscripción del formulario de vinculación. Alegó que el demandante faltó a sus deberes como consumidor financiero, por ello debe predicarse que hay una ratificación de la afiliación. De otra parte, sostuvo que no hay lugar a trasladar a Colpensiones gastos de administración, pues estas sumas fueron descontadas por disposición legal, compensaron la correcta gestión de la AFP, mantuvieron al demandante cubierto para los riesgos de invalidez y muerte, mediante el pago de primas de seguros a terceros por tanto ya se extinguieron al haber cumplido su finalidad. Indicó que en la sentencia se ordena trasladar los rendimientos y esto no es procedente entonces también girar las cuotas de administración. Solicitó ser absuelta de pagar las costas del proceso.

Colpensiones suplicó revocar la decisión porque la AFP demostró que cumplió con el deber de asesorar al demandante, conforme lo establecía la ley para la época, esto es con la suscripción libre y voluntaria del formulario de afiliación, por ello, no se le puede exigir acreditar requisitos incorporados en el ordenamiento jurídico con posterioridad, pues ello, vulnera el principio de legalidad. Sostuvo que el promotor del juicio es economista, por tanto no es un afiliado lego y estaba en la capacidad de entender el funcionamiento del RAIS.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información

necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas de folios 5, el actor se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 28 de julio de 1987, migró al RAIS, administrado por Porvenir S.A. el 5 de mayo de 1995, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital carpeta 4 fl. 78), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que es economista de profesión, para la época del traslado un funcionario de la AFP lo visitó en su empresa, le dijo que el ISS se iba a acabar y que de acuerdo a sus condiciones personales le convenía vincularse al fondo privado. Señaló que suscribió de forma libre y voluntaria el formulario de afiliación que fue diligenciado por el asesor. Admitió que recibe extractos, pero no los entiende, también que el intereses de regresar a prima media radica en el monto de la pensión.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

Tampoco la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico

inicial, menos la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero, pues *«Se reitera que el estudio de la acción de ineffectividad se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineffectividad en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineffectividad del acto jurídico de traslado.

Importa reiterar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineffectivo, estos recursos debieron ingresar a RPM (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020) Criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Porvenir, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por lo que la decisión se modificará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de inejecución es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

Finalmente, estima la Sala que no hay lugar a absolver a la AFP Porvenir S.A. de pagar costas del proceso, como quiera que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, y en el presente asunto la AFP resultó condenada

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de julio de 2021, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar al Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias

utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

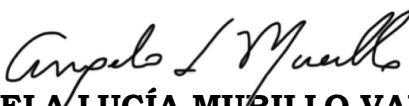
SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 32 2019 00529 01.
DEMANDANTE: HECTOR HENRY RODRÍGUEZ CASTILLO
DEMANDADO: HONOR SERVICIOS DE SEGURIDAD LTDA

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el grado de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de febrero de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se condenara a la demandada al reconocimiento y pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido injustificado, aportes al sistema de seguridad social, con base en el salario realmente devengado, sanción moratoria, indexación, los derechos a que hubiere lugar, en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 17 de octubre de 2018, se vinculó a la enjuiciada mediante contrato de trabajo a término fijo, para desempeñarse como analista de compras. El vínculo terminó el 10 de julio de 2019, sin que mediara justa causa; que devengó como último salario \$1.863.000; no obstante, la empleadora no le pagó la liquidación con base en esta suma, tampoco pagó los aportes a seguridad social con base en el salario realmente devengado (expediente digital).

La demandada se opuso a las aspiraciones. Admitió la existencia del contrato, su naturaleza y extremos, el cargo desempeñado por el actor, la notificación de la no renovación del contrato y la terminación del vínculo sin justa causa. Manifestó que los demás hechos no son ciertos. Propuso la excepción previa de falta de legitimación en la causa por activa, y las de mérito de inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, compensación, mala fe de la parte actora y las demás declarables de oficio (expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de febrero de 2021, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación reclamada y cobro de lo no debido. Absolvió a la demandada y gravó al demandante con costas.

En lo fundamental, señaló que las sumas adicionales entregadas al trabajador, tenían como finalidad la mejor ejecución de sus funciones, no estaban destinadas a retribuir su servicio, ni a enriquecer su patrimonio, razones que imposibilitan considerarlas como salario.

La decisión no fue apelada.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a las pretensiones del demandante, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Es verdad probada que el demandante prestó servicios a la demandada. Aquel adujo que percibió como remuneración, de forma periódica y como contraprestación del servicio, auxilio de rodamiento que

no fue considerado como factor salarial para la liquidación de vacaciones y prestaciones sociales.

De conformidad con los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1 del Convenio 95 de la OIT, constituye salario *todo* aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277).

La jurisprudencia laboral ha resaltado la función social del salario al referir que constituye un elemento esencial del trabajo subordinado y sirve de fuente principal de sostenimiento para el trabajador y su familia. Además, es un parámetro fundamental para la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y aportes a la seguridad social, por consiguiente, resulta de gran importancia su definición y delimitación en cada caso. Sobre este particular, en la sentencia CSJ SL5159-2018 reiterada en CSJ SL 5146-2020, la Sala de Casación Laboral, adoctrinó:

En cuanto a su función, el salario, además de ser el valor con el que el empresario retribuye el servicio o la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, también cumple una misión socioeconómica al procurar el mantenimiento o subsistencia del trabajador y su familia. Por esto, a nivel constitucional y legal goza de especial protección a través de un articulado que garantiza su movilidad, irrenunciabilidad, inembargabilidad, pago, igualdad salarial, prohibición de cesión, garantía de salario mínimo, descuentos prohibidos, entre otros (arts. 53 CP y 127 y ss. CST).

Adicionalmente, la definición del salario es un asunto sensible para el trabajador, su familia y su futuro de cara a las contingencias a las que está expuesto. A partir de él se determina la base de liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, cotizaciones a la seguridad social y parafiscales, así como el valor de los subsidios por incapacidad laboral, indemnizaciones a cargo del sistema de riesgos laborales, pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia. De allí la importancia de que en su fijación se tengan en cuenta los elementos retributivos del trabajo.

Por su parte, el artículo 128 de la misma codificación sustantiva laboral señala que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades,

excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes.

Conforme a lo expuesto, se concluye que es salario *«todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte»*, de lo que sigue que, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico del que se haga uso, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad prevista en el artículo 53 de la Constitución Política, el carácter salarial.

La misma Corporación también ha precisado que es el empleador el que tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador, ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159-2018).

En síntesis, conforme a la línea jurisprudencial sentada por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, a efectos de verificar la naturaleza salarial de los pagos efectuados por el empleador al trabajador, es necesario tener en cuenta que: *i)* en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas (art. 53 Constitución Política), lo que recibe el empleado como directa contraprestación del servicio, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que le den las partes. *ii)* el criterio conclusivo para determinar si un pago es o no salario, consiste en establecer si se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo realizado, es decir, que el salario se define por su

finalidad o destino. *iii)* acreditada por parte del trabajador la periodicidad, habitualidad y permanencia del pago realizado, le corresponde al empleador la carga de probar que la destinación de dicho estipendio tiene una causa distinta a la prestación personal del servicio y, por tanto, con carácter no remunerativo. *iv)* por cuenta de la parte final del art. 128 del Código Sustantivo del Trabajo, el acuerdo entre las partes orientado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial debe ser expreso, claro, preciso y detallado en los rubros que cobija, por ello, la duda sobre si un emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo del servicio, en tal sentido, las partes no pueden despojar de incidencia salarial un pago que por esencia lo es (CSJ SL986-2021).

Al descender al asunto, se advierte que en el contrato de trabajo las partes acordaron como remuneración \$1.080.000 (fl. 78 a 80), e incluyeron una cláusula adicional en la que consignaron:

PRIMERO: A partir del día 17 de octubre de 2018, pactan las partes que la remuneración, y sumas no constitutivas de salario, mensualmente serán las siguientes:

1. SALARIAL	
1.1 BÁSICO	\$1.080.000
1.2 SUBSIDIO DE TRANSPORTE	\$88.211
2. NO SALARIAL ART. LEY 50790	
2.1 MEDIOS DE TRANSPORTE	\$631.789

El concepto no salarial establecido en los numerales 2.1 por no retribuir la labor y otorgarse en forma extralegal, pactan las partes que no constituye salario para ningún efecto y se otorga única y exclusivamente por el cargo contratado y las condiciones propias del servicio contratado por el cliente, que de variar facultan al EMPLEADOR para modificar el citado concepto no constitutivo de salario

La demandada mediante certificado adiado 13 de junio de 2019, informó que Rodríguez Castillo «*tiene un ingreso promedio mensual total en los últimos tres (3) meses*» de \$1.863.000 (fl. 7 expediente digital). En los comprobantes de nómina de los meses de noviembre y diciembre de 2018, se relaciona el pago de \$631.789 por concepto de «*medio de transporte*» y para los meses de enero a mayo de 2019, por el mismo rubro le fue

cancelada la suma de \$648.168 (fls 20 a 27). En la liquidación fue reconocido en proporción a los días laborados en octubre de 2019 (fl 28).

De conformidad con las planillas de aportes en línea se verifica que la demandada usó como base para pagar los aportes a seguridad social del accionante los siguientes:

Periodo	Base cotización
201907	\$743.243
201906	\$1.312.251
201905	\$1.117.800
201904	\$1.117.800
201903	\$1.117.800
201902	\$1.117.800
201901	\$1.197.643
201812	\$1.080.000
201811	\$1.080.000
201810	\$504.000

La parte demandada solicitó decretar y escuchar el testimonio de Luz Emilia Campos Sarmiento, Angie Paola Torres Molina, Ana Cristina Pardo Chacón, Sandra Viviana Estrada Álvarez y Luz Marina González López. Los tres primeros no fueron practicados, pues la solicitante desistió de la prueba.

Sandra Viviana Estrada Álvarez, Directora de Gestión Humana de la demandada desde hace tres años, informó que conoce al demandante, sabe que desempeñó labores administrativas como analista de compras, como remuneración se le pagó \$1.080.000 más el auxilio de transporte legal y otro auxilio de transporte que se pactó no tenía carácter salarial y era utilizado para el desempeño de sus funciones, dado que debía trasladarse a visitar proveedores.

Luz Marina González López está vinculada a la demandada, se desempeña desde hace once años como Administradora de Personal.

Conoce al demandante porque le adelantó el proceso de contratación. Señaló que el salario estaba conformado por el básico, más auxilio de transporte y un rubro no salarial para medios de transporte, destinados a la mejor ejecución de sus funciones, pues debía movilizarse a verificar los productos que se compraban para cumplir la finalidad del cargo y de la empresa. Expuso que las oportunidades en que el actor debía salir de la oficina variaban y dependían de los contratos que se logaran y su implementación.

Del análisis conjunto de los medios de prueba señalados concluye la Sala que Héctor Henry Rodríguez Castillo recibió de manera habitual el pago del concepto medio de transporte, en sumas fijas para cada anualidad, según consta en los desprendibles de nómina, también, que este concepto fue tenido en cuenta en la liquidación final y se pagó en proporción a los 10 días laborados en el mes de octubre de 2019, empero no probó que contrario a lo acordado en la cláusula adicional al contrato de trabajo este pago constituyó salario por haber remunerado su servicio.

Por su parte, la demandada, a través de los testimonios escuchados, logró demostrar que el rubro estaba destinado únicamente a proveer de recursos al accionante para ejercicio de sus funciones, quien debía desplazarse para contactar a los proveedores y comprar los productos que la empresa necesitaba para su operación, gestión que dependía de los contratos que se suscribieran.

Importa señalar que el promotor del juicio fue contratado para desempeñarse como «*ANALISTA DE COMPRAS HONOR*» y que sus responsabilidades y obligaciones se encontraban definidas en el Manual de Funciones de la empresa, conocido por el trabajador, pues así quedó consignado en el contrato de trabajo. Según el recaudo probatorio, las funciones del convocante del juicio implicaban traslado a lugares distintos a las instalaciones de la demandada, y la suma pagada tenía como finalidad asumir tales costos.

Las anteriores consideraciones resultan suficientes para establecer que el pago denominado medios de transporte no fue recibido por Rodríguez Castillo como contraprestación a su servicio, sino para desempeñar su labor como analista de compras, lo que conduce a confirmar la sentencia examinada.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

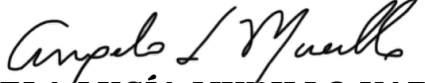
Sin costas en sede de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

Radicación n.º 110013105 32 2019 00529 01


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 032 2019 00529 01



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 32 2020 00262 01.
DEMANDANTE: MARY LUZ GALVÁN RODRÍGUEZ
DEMANDADO: APUESTAS EN LÍNEA HOY GRUPO EMPRESARIAL
EN LÍNEA S.A.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de febrero de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante convocó a juicio a Apuestas en Línea hoy Grupo Empresarial en Línea S.A. para declarar que existe un contrato de trabajo desde el febrero de 1997. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar prestaciones sociales, vacaciones, horas extras, auxilio de transporte, sanciones por no consignación de cesantías y moratoria, aportes a seguridad social en salud y pensión, la indexación correspondiente y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que en junio de 1990, suscribió contrato con Apuestas en Línea, en mayo de 1995, la demandada finalizó el contrato unilateralmente y le pagó la liquidación correspondiente. En febrero de 1997, fue vinculada mediante contrato comercial independiente, no obstante, ejecuta las mismas funciones que en el contrato inicial, relacionadas con la venta de recargas, juegos en

línea y loterías; observa las órdenes e instrucciones impartidas por su jefe directo, cumple horario desde las 9:00 a.m. hasta las 8:00 p.m. Adujo que la demandada no le ha cancelado acreencias laborales, ni la ha vinculado al sistema de seguridad social (expediente digital).

La demandada se opuso a las súplicas. Negó los hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de contrato laboral entre el demandante y Grupo empresarial en Línea S.A., *«ineptitud de la demanda por falta de los requisitos necesarios para exigir lo pretendido, sin que se reconozca la existencia de una relación laboral entre la demandante y mi representada»*, relación comercial, ausencia de legitimación por activa y por pasiva, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe de la empresa demandada, pago, inexistencia de obligación, enriquecimiento sin causa y las demás declarables de oficio (expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de febrero de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de prescripción, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR que entre la demandante Mary Luz Galván Rodríguez y la demandada Grupo Empresarial en Línea S.A. existe un contrato de trabajo a término indefinido «entre» a partir del 16 de mayo de 2011 y que se mantiene vigente a la fecha con un salario equivalente al mínimo legal mensual vigente de cada anualidad.

TERCERO:- CONDENAR a la demandada Grupo Empresarial en Línea S.A. a pagar a la demandante las cesantías causadas durante toda la vigencia de la relación laboral, las cuales deberán ser consignadas al fondo de cesantías que elija la demandante.

CUARTO: CONDENAR a la demandada Grupo Empresarial en Línea S.A. a pagar a la demandante las primas de servicios e intereses a las cesantías causadas desde el 11 de septiembre de 2017 y las que se causen mientras el contrato se encuentre vigente, así como condenar al pago de las vacaciones causadas desde el 11 de septiembre de 2016 y en adelante.

QUINTO: CONDENAR a la demandada Grupo Empresarial en Línea S.A. a pagar los aportes al Sistema de Seguridad Social causados desde el 11 de mayo de 2011 y mientras el contrato este vigente.

SEXTO: CONDENAR a la demandada Grupo Empresarial En Línea S.A. a pagar a la demandante el auxilio de transporte causado desde el 11 de septiembre de 2017 y en adelante mientras el contrato este vigente.

SÉPTIMO: ABSOLVER a la demandada Grupo Empresarial En Línea S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra.

OCTAVO: CONDENAR en costas a la demandada y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a tres (3) salarios mínimos.

En lo fundamental, señaló que la demandante demostró que prestó servicio a la demandada e hizo uso del local y los elementos que esta le proporcionó, además tenía a su cargo la apertura y cierre del lugar de trabajo, por tanto, se configura un contrato realidad. Estimó que al no haberse acreditado el monto de la remuneración, debía tomarse para todos los efectos el salario mínimo legal mensual vigente. Refirió que la accionante no demostró que laboró horas extras. Estimó que la demandada actuó de buena fe, pues el cambio a colocadora independiente, se dio con ocasión de la renuncia al contrato de trabajo que presentó la demandante, razón que la llevó a absolver a la empleadora de pagar sanción por no consignación de cesantías. Por estar vigente la relación laboral se abstuvo de gravar a la demandada con sanción moratoria. Declaró probada de manera parcial la excepción de prescripción sobre las primas de servicio, vacaciones y auxilio de transporte y ordenó el pago de cesantías y aportes a seguridad social causados a lo largo de la relación aboral, por ser derechos imprescriptibles.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada implora la revocatoria de la sentencia, bajo el argumento de que demostró que la accionante es una colocadora independiente de apuestas, quien no está subordinada, no cumple horario, ni jornada, no tiene jefes y no percibe salario; su contraprestación está determinada por la oferta y la demanda de las apuestas. Refirió que la ley autoriza este tipo de vinculación y que probó la autonomía en la actividad, dado que «*a mayores ventas, mayores ingresos*».

Alegó que las pruebas deben ser valoradas en su integridad, porque en la declaración de parte el representante legal, no aceptó que la actora tuviera jefe, por el contrario, afirmó que no lo tenía, no estaba subordinada y ejecutaba actividades con independencia. Sostuvo que tampoco fueron valorados los contratos de colocación independiente que suscribió la promotora, de forma libre y voluntaria, que le permitieron cambiarse del canal de nómina a independiente, porque así obtendría mayores ingresos, No fue apreciada la carta mediante la cual presentó renuncia a la relación laboral para pasar a una comercial, ni al hecho de que la actora no manifestó inconformidad frente a la manera en que se le hacían los pagos, pues era consciente de la decisión que tomó.

Refirió que la empresa proporciona a las colocadoras que lo soliciten, el espacio para ejercer su actividad, pero en este caso se les paga una cifra menor a la que devengan en otros canales. Adujo que actuó de buena fe, y respetó la decisión que tomó la actora de pasar de un vínculo de trabajo a una relación comercial y no es posible ahora permitirle sacar provecho de esa situación.

IV. CONSIDERACIONES

Aunque la demandante pretendió inicialmente se declarara la existencia de un contrato realidad desde 1997, el Juzgado determinó que el extremo inicial de la relación de trabajo es el 16 de mayo de 2011, sin que la actora haya manifestado inconformidad frente a esta conclusión. En consecuencia el estudio en esta instancia, de conformidad con la apelación, se limita a verificar si desde esa data las partes estuvieron unidas por un vínculo laboral o comercial, como quiera que no se discute que la actora ejerce la actividad de colocación de apuestas, venta de lotería y recargas de celulares.

Actividad de colocación de apuestas

La colocación de apuestas o chance se creó mediante la Ley 1.^a de 1982 y según el artículos 21 de la Ley 643 de 2001 y el artículo 3.º del

Decreto 1350 de 2003, es una modalidad de juego de suerte y azar en la cual el jugador, en formulario oficial, en forma manual o sistematizada, indica el valor de su apuesta y escoge un número de no más de cuatro (4) cifras, de manera que si su número coincide, según las reglas predeterminadas, con el resultado del premio mayor de la lotería o juego autorizado para el efecto, gana un premio en dinero, de acuerdo con un plan de premios predefinido y autorizado por el Gobierno Nacional mediante decreto reglamentario.

Los artículos 2., 6., 7., 8., 9, 22 y 23 de la Ley 643 de 2001 y 2., 12, 13 del Decreto 1350 de 2003, disponen que esa actividad corresponde a un monopolio rentístico en el que la titularidad para su operación la ostentan por regla general los departamentos, el distrito capital y los municipios, entidades que pueden autorizar en su jurisdicción territorial a terceros denominados *operadores y concesionarios de apuestas* para que ejecuten la *venta de chance* mediante contratos de concesión.

Los operadores privados de esta modalidad de juego deberán tener un patrimonio técnico mínimo, otorgar las garantías y cumplir los demás requisitos que para tal efecto les señale el reglamento expedido por el Gobierno Nacional. Estos operadores se encargan de la explotación y comercialización de las apuestas permanentes a través de distintos canales como las agencias, los puntos fijos y los colocadores o vendedores de apuestas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 1350 de 2003 los operadores del juego de apuestas permanentes deberán cumplir con los siguientes requisitos:

Artículo 13.*Requisitos para la operación del juego de apuestas permanentes o chance.* Los operadores del juego de apuestas permanentes o chance además de acreditar un patrimonio técnico mínimo, otorgar las garantías y mantener el margen de solvencia, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

1. Adquirir de las entidades concedentes los formularios para el juego manual o sistematizado.

2. Llevar en todas y cada una de las agencias, el registro de control de ventas diarias discriminado por puntos de venta, puestos fijos y colocadores.
3. Utilizar en forma exclusiva los formularios suministrados por las entidades concedentes para el juego manual o sistematizado y responder por el uso adecuado de ellos, ejerciendo un estricto control sobre los colocadores.
4. Identificar a cada uno de sus colocadores con un carné que deberán portar en un lugar visible al público.
5. Efectuar adecuada y oportunamente la liquidación mensual de los derechos de explotación y gastos de administración y realizar los pagos respectivos con la oportunidad debida.
6. Registrar e identificar ante la entidad concedente el número de la agencia a la cual pertenecen los puntos de venta, puntos fijos y colocadores.
7. Exhibir la licencia otorgada por la entidad concedente de cada una de las agencias o puntos de venta fijo, en un lugar visible al público.
8. Entregar únicamente a los colocadores inscritos ante la entidad concedente, los formularios de apuestas permanentes o chance.
9. Asumir los riesgos que se deriven de la operación del contrato de concesión, sin que estos puedan ser trasladados al comercializador, agencia o punto de venta.
10. En el juego de apuestas permanentes o chance que se registre en forma sistematizada, el concesionario deberá garantizar la conexión en tiempo real con la entidad concedente.

El artículo 21 de la misma norma, además impone que todo vendedor del juego de apuestas permanentes o chance, debe estar inscrito en el registro nacional público de vendedores de juegos de suerte y azar de las cámaras de comercio de su jurisdicción. Y el inciso final del artículo 55 de la Ley 643 de 2001 señala que en toda vinculación de vendedor con empresario será necesario que estén debidamente registradas las personas que intervengan en el acto o convenio.

Por su parte, el artículo 97A del Código Sustantivo del trabajo, modificado por el artículo 13 de la Ley 50 de 1990 dispone, en relación con los colocadores de apuestas o simplemente *vendedores de chance*:

ARTICULO 97-A. Colocadores de apuestas permanentes. Los colocadores de apuestas permanentes, al igual que los agentes colocadores de pólizas de seguros y títulos de capitalización, podrán tener el carácter de dependientes o independientes. Son colocadores de apuestas dependientes los que han celebrado contratos de trabajo para desarrollar esa labor, con una empresa concesionaria. Son colocadores de apuestas independientes las personas que por sus propios medios se dediquen a la promoción o colocación de apuestas permanentes, sin dependencia de una empresa concesionaria, en virtud de un contrato mercantil. En este evento no se podrán pactar cláusulas de exclusividad.

PARAGRAFO. Los colocadores de apuestas permanentes que con anterioridad a la vigencia de la presente ley estuvieron vinculados mediante contrato de trabajo, mantendrán tal vinculación de idéntica naturaleza.

En ese esquema, la persona natural que funge como colocador de apuestas es aquella que se dedica a la *venta de chance*, que una vez se inscribe en el registro público, obtiene una vinculación con un operador o concesionario habilitado para ejercer la explotación de tal actividad y ostentan la calidad de *colocadores independientes* aquellos que: (i) ejecutan la *venta de chance* por sus propios medios a través de un contrato mercantil en el que no existe exclusividad; (ii) son autorizados por el operador para la colocación de apuestas por sí mismos o por interpuesta persona, previamente establecida en el convenio entre el operador y el colocador, y (iii) están registrados por el operador ante el concedente.

En síntesis, el operador de apuestas es aquel que está autorizado mediante un contrato de concesión para explotar la *venta de chance* y le asiste la obligación de registrar los agentes colocadores ante el concedente, carnetizarlos, controlar la actividad y definir en los contratos que suscribe con los citados *vendedores* si la colocación se realizará de manera personal o por interpuesta persona y, en caso de optar por esta última opción, también deberá hacer el registro de tales colocadores ante el ente territorial (CSJ SL 3695-2021)

Existencia del contrato

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el

tiempo de duración del contrato, y *iii*) la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Ha decantado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación jurídica o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado en sentencias CSJ SL628-2022, CSJ SL3847-2021, CSJ SL2608-2019, CSJ SL2480-2018 y CSJ SL 16528-2016, entre otras.

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecutó el servicio personal para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Al amparo de lo expuesto, se procede al análisis de las pruebas que obran en el expediente digital, en el que se verifica que la demandante aportó: documento sin fecha, denominado Actualización PV 300, en el que se relaciona el nombre de la actora y se describe, al parecer el procedimiento a adelantar para ejecutar en el sistema las apuestas, certificaciones emitidas por Inversiones Betancourt Sánchez S.A.S., según las cuales participó en el seminario de Cultura de Servicio en mayo de 2000, y en el de Desarrollo Humano en junio del mismo año; constancia de que asistió al taller Técnicas Generales de Ventas expedido el 30 de noviembre de 2010, ofrecido por Contrato Humano Consultoría Empresarial, Guía de Trabajo n.º 2 con logo de la demandada, pero sin

fecha; carné con logos de la Alcaldía de Bogotá, Lotería de Bogotá y Paga Todo. Aportó también 3 fotografías de una mujer en un local de apuestas portando uniforme, que corresponde a la demandante conforme verificación realizada por la Sala de la grabación de la audiencia de conciliación en la cual participó.

Al rendir declaración de parte el representante legal de la demandada señor Mauricio Antonio Hernández Ruiz dijo que la demandante estuvo vinculada mediante contrato de trabajo por un corto periodo en el 2011, con posterioridad renunció y solicitó ser contratada como colocadora independiente de apuestas de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 50 de 1990 y la Ley 643 de 2001, periodo en el que no ha tenido jefes, no ha cumplido órdenes, no ha estado obligada a pedir permisos, pues determina su propio horario, dado que en proporción a las ventas realizadas recibe la contraprestación. Indicó que la norma impone que quien desempeñe la actividad debe ser identificable, razón por la cual se le hizo entrega de uniforme y carné.

Señaló que a las vendedoras se les facilita un lugar, en el entorno en que tiene la clientela, estas terminales deben estar avaladas y concesionadas por la Lotería de Bogotá, con el fin de que las autoridades competentes puedan realizar los controles correspondientes. Refirió que a los puntos de venta asisten varias personas y la empresa les permite ejercer allí la actividad independiente, no pasa nada si no van o deciden retirarse en cualquier momento, no se les imparten llamados de atención, ni se imponen sanciones. Admitió que en algunos puntos, la empresa tiene colocadores vinculados mediante contrato de trabajo, pero en su gran mayoría esos locales son usados por colocadores independientes, quien los abren y cierran, la empresa no controla el horario, simplemente a través del sistema se verifica que puntos están vendiendo y cuáles no. Refirió que los vendedores que están en la calle perciben una retribución inferior.

La demandada aportó en expediente digital constancia en la que indica que la accionante estuvo vinculada mediante contrato de trabajo a término indefinido, del 16 de marzo al 15 de mayo de 2011 y se

desempeñó como Colocadora de Apuestas. Aportó certificación adiada del 27 de noviembre de 2020, en la que indica que la promotora *«en su condición de comerciante independiente realiza la actividad de Colocación de Apuestas Permanentes, percibiendo a título de ingreso mercantil un porcentaje sobre las ventas reportadas con anterioridad a los sorteos de las loterías autorizadas para participar en el juego de las apuestas permanentes. Por lo expuesto su relación con la empresa es enteramente comercial»*.

Aportó *«contrato comercial de colocación de apuestas permanentes independientes»* sin fecha pero suscrito por la actora en el que se estableció que la demandante se comprometía a *«promocionar, colocar y vender»* apuestas permanentes por el procedimiento sistematizado en línea y tiempo real de demás juegos de suerte y azar, productos y/o servicios que se puedan comercializar por el procedimiento indicado y que acuerden las partes en concordancia con las normas legales que regulan estas actividades. Dentro de las obligaciones quedaron incluidas las de *«mantener el promedio de ventas diario o mensual señalado por el EMPRESA y que económicamente sea conveniente no solo para la EMPRESA sino para el mismo COLOCADOR INDEPENDIENTE que vialice la ejecución»* del contrato; informar previamente a la empresa los días y el horario en que adelantaría la colocación de apuestas, la utilización de la marca o imagen de la empresa conforme a lo establecido en el manual correspondiente.

Dentro de las prohibiciones al colocador quedaron incluidas las de ceder el contrato sin previa autorización de la empresa, *«transferir, ceder o permitir la utilización de terceras personas del carné»*, utilizar los equipos entregados en comodato en actividades diferentes a las pactadas, comercializar en los puntos fijos productos y/o servicios similares, *«cuando la actividad mercantil se desarrolle en los espacios autorizados por la EMPRESA, se prohíbe al COLOCADOR INDEPENDIENTE comercializar productos diferentes a los que hacen parte del contrato»*. Empero más adelante quedó consignado *«las partes declaran que en desarrollo del presente contrato no habrá exclusividad a favor de ninguna de ellas»*.

Además, acordaron que la empresa estaría obligada a suministrar «los formularios oficiales de apuestas permanentes emitidas exclusivamente por la entidad concedente» que la cantidad sería preestablecida por la empresa y se reservaría el derecho de aumentar o disminuir su número. También a entregar «a través de la figura jurídica del comodato, el equipo tecnológico para la colocación y comercialización de las apuestas». A «ejercer todos los controles administrativos, operacionales y técnicos, así como realizar las visitas correspondientes para vigilar el perfecto cumplimiento de este contrato». Igualmente, a informar sobre la forma de diligenciar formularios y cómo utilizar los equipos, entregarle material publicitario «POP» y permitir «el uso de su espacio comercial».

La demanda también aportó, otro «contrato comercial de colocador de apuestas permanentes independientes», suscrito el 1 de enero de 2012, que en términos generales contiene los mismos acuerdos señalados en el contrato relacionado en precedencia. También dos contratos de comodato uno sin fecha y el otro adiado del 16 de mayo de 2011, de los que no se puede extraer o inferir que elementos o equipos fueron entregados a la accionante, pues no se relacionan en el documento, ni esta aportada el acta de entrega al cual hace referencia. Obra documento denominado «MAESTRO COMERCIAL» sin fecha en el que se relacionan los datos de la demandante y la empresa y se indica en el aparte tipo de tecnología «GTECH».

Trajo al plenario la accionada el RUT de la demandante, en el que consta que registró como su actividad económica principal la 9200 que corresponde a «juegos de azar». Aportó además formato de registro de datos del colocador en el que están consignados los datos personales y laborales de la demandante. Con estos documentos se verifica que la promotora del juicio cumplió con las obligaciones previstas en la ley para el registro de colocadores de apuestas tanto dependientes como independientes previstos en el artículo 21 del Decreto 1350 de 2003 y el inciso final del artículo 55 de la Ley 643 de 2001.

La demandada solicitó decretar los testimonios de Ana María Gutiérrez palacio, Luz Marina Rodríguez, Mariela Velásquez y Alexander Calderón Trujillo y practicar interrogatorio de parte a la demandante, no obstante desistió de la práctica de estas pruebas.

Analizados en conjunto los medios de prueba antes señalados la Sala extrae que la empresa conminó a la demandante a desarrollar de manera directa la colocación de apuestas, a inscribirse, por su cuenta, en el registro de vendedores de la respectiva Cámara de Comercio y le prohibió de manera expresa, ceder el contrato a otra persona o efectuar operaciones distintas a las contratadas haciendo uso de los equipos que le fueron entregados en comodato.

En consecuencia, estima la Sala que la labor de colocación de apuestas desempeñada por la demandante se ejecutó con ausencia de autonomía e independencia, pues debía realizarla personalmente y estaba sometida a las directrices de la compañía, tanto que se dejó establecido en el contrato que debía *«mantener el promedio de ventas diario o mensual»*, debía portar el uniforme y carnet de la empresa, informándole, además, sobre la forma en la que tenía que adelantar su gestión, siendo que, la tarea asignada, se ejecutó de manera continua en un punto fijo que asignó la empresa, con las herramientas, materiales e implementos que esta, como única beneficiaria del servicio, le proporcionó, además la integró a su organización dadas las especiales condiciones que regulan la *colocación de apuestas o venta de chance*.

De modo que aunque el artículo 97 A del Código Sustantivo de Trabajo contempla que los colocadores de apuestas permanentes pueden tener el carácter de independientes, lo cierto es, que en el asunto de manos se estableció que la accionante ejerció su labor libre de autonomía, por lo que es dable aplicar la presunción prevista en el artículo 24 de la norma sustantiva y declarar, al amparo de lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que entre las partes realmente existió un contrato de trabajo, tal como acertadamente concluyó el *a quo*.

Como quiera que la demandada no se opuso a la liquidación de las condenas se confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

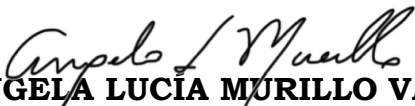
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Sin costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 032 2020 00262 01



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 033 2018 00467 01
DEMANDANTE: HECTOR SILVIO BARCO RÍOS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por las demandadas AFP Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de agosto de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de *“congruencia interna”* que, según la Sala de Casación Laboral *“(…) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive”* (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con *“miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta”*. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la *«anulación por ineficacia»* de la afiliación y del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A. En consecuencia, se ordene a la AFP a devolver a Colpensiones todas las

sumas de dinero que recibió con ocasión de la afiliación, como cotizaciones, bonos, rendimientos, gastos de administración con cargo a su propio patrimonio. En caso de haber sido reconocida pensión, condenar al fondo privado a continuar con el pago de la mesada hasta que la administradora del régimen de prima media la asuma. Así mismo, a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 17 de diciembre de 1979. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) el 25 de noviembre de 1996 a través de AFP Colmena, posterior ING, hoy Protección S.A. Adujo que el representante de las AFP al momento del cambio se limitó a diligenciar el formulario, no le proporcionó información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta de las características de cada régimen, tampoco sobre las ventajas y desventajas del cambio, no le informó que podría retractarse de su decisión. Señaló que la mesada pensional en la AFP ascenderá a \$1.773.099, entre tanto, en Colpensiones correspondería a \$5.044.315. Indicó que las demandadas le negaron la solicitud de traslado (fls. 2 a 36).

La AFP Protección S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó la vinculación de la accionante al fondo, la petición de anulación del traslado y su respuesta. Manifestó que los demás hechos no son ciertos ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la causal de nulidad de la afiliación, «*declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP*» buena fe, prescripción y las demás declarables de oficio. En su defensa, expuso que el demandante solicitó de manera libre y voluntaria la afiliación a Colmena, actuación en la que no obra constancia de situación anómala, por tanto no existen fundamentos fácticos ni jurídicos que apoyen las pretensiones (fls. 235 a 242).

Colpensiones rechazó las pretensiones. Admitió la afiliación al ISS, el traslado a la AFP, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó

no constarle los demás hechos. Formuló las excepciones de improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y las demás declarables oficiosamente oficio. Argumentó que el actor se encuentra incurso en una prohibición legal de retornar a prima media en razón a la edad, pues al no ser beneficiario del régimen de transición no puede retornar en cualquier tiempo (fls. 249 a 266).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 18 de agosto de 2021(fl. 293 a 294), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección y con esto a la afiliación realizada el 26 de noviembre de 1996, al señor Héctor Silvio Barco Ríos identificado con cédula de ciudadanía n.º 10.230.201.

SEGUNDO: DECLARAR que el señor Héctor Silvio Barco Ríos ya identificado se encuentra efectivamente afiliado a Colpensiones, régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a la AFP Protección realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, junto con los respectivos intereses, rendimientos y cuotas de administración.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas y reactivar la afiliación del señor Héctor Silvio Barco Ríos.

QUINTO: ORDENAR a Protección S.A. a realizar el traslado de las cuotas de administración, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado, a cargo de su propio patrimonio y de manera proporcional al tiempo al tiempo en que el demandante estuvo afiliado, inclusive ante la AFP Colmena y AFP Santander. Para esto, se conmina a Colpensiones a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales cifras.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia del derecho y prescripción.

SÉPTIMO: Costas de esta instancia a cargo de la demandada AFP Protección S.A. Se fijan como agencias en derecho cuatro salarios mínimos legales vigentes.

Como sustento de su decisión, señaló que no se acreditó el deber de diligencia que correspondía al fondo de pensiones, que iba más allá de brindar una mera información. Sostuvo que el hecho que el actor reciba extractos de manera periódica no convalida el acto de traslado, ni ratifica su voluntad de permanecer en el RAIS.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Protección S.A. aspira se revoque la sentencia, en cuanto ordenó la devolución de gastos de administración con cargo a su patrimonio, pues estas sumas fueron descontadas por disposición legal, cubrieron la correcta gestión de la AFP, mantuvieron al demandante cubierto para los riesgos de invalidez y muerte, mediante el pago de primas de seguros a terceros por tanto ya se extinguieron al haber cumplido su finalidad.

Colpensiones suplicó revocar la decisión porque permite que el demandante quien está incurso en una prohibición legal retorne a prima media, pese a que no es beneficiario del régimen de transición. Decisión que vulnera el principio de la sostenibilidad financiera, pues la manera de reconocer la pensión es distinta en cada régimen y el actor está llamado a pensionarse bajo los presupuestos del RAIS, régimen al que se encuentra válidamente afiliado y en el cual ha tenido contratadas las primas de seguro de invalidez y muerte. Sostuvo que los dineros que tendría que trasladar la AFP no alcanzan para cubrir las expectativas pensionales del afiliado.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es

procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de*

la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas de folios 42 y 269, el actor se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 17 de diciembre de 1979, migró al RAIS, administrado por Colmena hoy Protección S.A. el 25 de noviembre de 1996, de conformidad con el formulario visible a folios 60 y 243, en el que se puede leer:

DE ACUERDO CON EL DECRETO 682 DE 1994, ARTÍCULO 11 HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que es docente, ingeniero electricista, no percibe pensión, Dijo que para la época del traslado en su lugar de trabajo «*corría el rumor*» que la caja de previsión sería liquidada, allí llegó una asesora de Colmena quien le dijo que su pensión sería equivalente al 100% de su salario y podía obtener anticipadamente la prestación, por eso diligenció y suscribió de manera voluntaria el formulario, aseguró que no le informaron sobre las

características del RAIS y la forma en que obtendría la pensión de vejez, tampoco sobre el derecho de retracto. Admitió que recibe extractos.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colmena hoy Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Colmena hoy Protección faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019), máxime en el presente asunto en el que el cambio se dio por fusión entre las distintas AFP.

Importa reiterar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos

recursos debieron ingresar a RPM (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020) Criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209

Por tanto, Protección S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por lo que la decisión se modificará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas,

la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de agosto de 2021, en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar al Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, incluso de los periodos en que el actor estuvo vinculado a las AFP Colmena y Santander. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

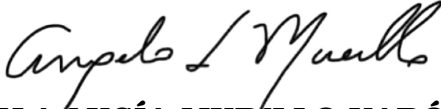
TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaración de voto



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 38 2016 00372 01.
DEMANDANTE: ELMO OLMOS PASTOR
DEMANDADO: LUIS HERNANDO VIGOYA DÍAZ

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de enero de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la existencia de un contrato verbal a término indefinido, desde el 15 de septiembre de 2012 hasta el 14 de septiembre de 2015. En consecuencia, se condene al demandado a pagar prestaciones sociales, vacaciones, dotaciones, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, sanción moratoria, indemnización por despido sin justa causa e indexación. A reconocer los derechos a que hubiere lugar, en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó servicio al demandado desde el 15 de septiembre de 2012 hasta el 14 de septiembre de 2015, fecha en que fue despedido sin justa causa. Fue contratado para desempeñarse como celador, de domingo a domingo de 5:00 p.m. a 6:00 a.m., con una remuneración diaria para el año 2012 de \$30.000, en el año 2013 \$35.000, para el 2014 \$37.000 y en el año 2015 \$40.000. Refirió que

le adeudan prestaciones sociales y vacaciones (fls. 1 a 4 y 20 a 23 expediente digital).

El demandado se opuso a las aspiraciones. Negó los hechos. Propuso la excepción de inexistencia de las obligaciones demandadas (fls. 27 a 33 y 39 expediente digital).

Ante el fallecimiento del demandado, por auto del 6 de mayo de 2019, el Juzgado declaró la sucesión procesal de Luis Hernando Vigoya Díaz, en cabeza de su cónyuge o compañera permanente e hijos (fls. 55 y 56 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 20 de enero de 2021, absolvió al demandado sucedido procesalmente por su cónyuge o compañera permanente y por sus hijos, en condición de herederos, y se abstuvo de imponer costas (expediente digital).

Básicamente, señaló que el demandante no demostró que el servicio se hubiere prestado en los extremos pretendidos y a través de una empresa de vigilancia. Concluyó que las actividades desempeñadas por el actor:

Se dieron por fuera de la legalidad comportando en consecuencia el ejercicio de una actividad informal que de manera alguna puede verse amparada por las normas laborales, se reitera, por cuanto los términos en que se cumplió resultan violatorios de los postulados legales, lo que implica la absolución para el demandado respecto de todas y cada una de las súplicas de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante apeló lo resuelto bajo el argumento de que la actividad que desempeñó no es ilícita y la responsabilidad de no haberla formalizado corresponde al empleador, quien incumplió la ley y no es dable

que el trabajador, parte más débil de la relación, sufra las consecuencias negativas. Señaló que se viola el principio de buena fe porque cuando se busca trabajo, no se verifica la legalidad con la que actúa la empresa. Sostuvo que se configuró un contrato de trabajo y como salario, puede tenerse el mínimo legal, según lo ha señalado la Corte.

IV. CONSIDERACIONES

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Ha decantado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el actor demuestre la subordinación jurídica o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado en sentencias CSJ SL628-2022, CSJ SL3847-2021, CSJ SL2608-2019, CSJ SL2480-2018 y CSJ SL 16528-2016, entre otras.

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los

documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecutó el servicio personal para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Al amparo de lo expuesto, se procede al análisis de las pruebas arrimadas al plenario, en el que se verifica que el demandante aportó: «*constancia de no acuerdo*» suscrita por las partes ante el Ministerio de Trabajo el 21 de enero de 2016, en la cual quedó consignado que el actor pretendía el pago de acreencias laborales y el demandado a través de apoderada manifestó que no tenía ánimo conciliatorio toda vez que no existió vínculo contractual.

Fueron decretados y escuchados los testimonios de José Duverney Martínez Serrato, Edgar Erwin Fuentes Garzón y Ángela Consuelo Triviño Bohórquez. El primero dijo ser amigo y vecino del demandante desde hace 10 años, por lo que sabe que en un tiempo fue contratado por el «*señor Vigoya*» como celador en un parqueadero, más o menos del 2012 al último mes de 2015, de domingo a domingo de 5:00 p.m. a 6:00 a.m., y descansaba un domingo por mes. Le consta que ejecutó esa función, porque en este lugar guardaba el camión de su propiedad tres veces por semana o semana completas y quienes se lo recibían eran el actor y el demandado. Indicó que presencié cómo «*el finado Vigoya*» le impartía órdenes. Afirmó que el actor le manifestó que estaba a gusto con su trabajo, que le pagaban mensualmente, pero no le dijo cuánto.

El testigo Edgar Erwin Fuentes Garzón manifestó que conoce al demandante hace 24 años, es su cuñado, por eso sabe que trabajó para Luis Hernando Vigoya desde septiembre de 2012 hasta el mismo mes de 2015. Afirmó que es conductor y siempre ha guardado los vehículos en el parqueadero y que el actor era quien, por lo general, le recibía los automotores de 7:00 a 9:00 p.m. y se los entregaba de 4:00 a 5:00 a.m. y se quedaba trabajando, pero desconoce a qué hora salía. Dijo que a veces

lo veía los domingos en la casa. Expuso que en la actualidad continúa usando el parqueadero y su administrador es Oscar Vigoya.

Ángela Consuelo Triviño Bohórquez, dijo que conoce al actor porque son vecinos, sabe que trabajó en el parqueadero del señor Vigoya, cuidando carros de 2012 a 2015, pero no sabe en qué meses, recuerda los años porque en esa época fue cuando su hijo empezó el colegio a los 6 años de edad. Sabe que entraba a trabajar a las 5:00 p.m. porque a esa hora ella recogía a su menor hijo y a las 6:00 a.m. cuando ella salía a llevar niños para colegios, que es a lo que se dedica, lo veía en el parqueadero, que está ubicado en frente de su casa.

Analizados los medios de prueba antes señalados, conforme al artículo 61 del Código de Procedimiento del Trabajo, estima la Colegiatura que el demandante demostró que prestó servicio Luis Hernando Vigoya Díaz, como vigilante. En consecuencia se configura en su favor la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo y hay lugar a declarar la existencia del vínculo laboral, pues esta no fue desvirtuada por la parte demandada, quien únicamente solicitó el interrogatorio de parte al demandante, que no se practicó ante la inasistencia del apoderado a la hora y fecha señalada y, valga decirlo, el Juzgado no pudo adelantarlos de oficio por dificultades técnicas. Se precluyó la oportunidad probatoria, sin ningún esfuerzo de la parte convocada a juicio.

Importa indicar que el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada contenido en el Decreto 356 de 1994, modificado por el Decreto 2187 de 2001 dispone:

ARTÍCULO 2o. SERVICIOS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA.

Para efectos del presente decreto, entiéndese por servicios de vigilancia y seguridad privada, las actividades que en forma remunerada o en beneficio de una organización pública o privada, desarrollan las personas naturales o jurídicas, tendientes a prevenir o detener perturbaciones a la seguridad y tranquilidad individual en lo relacionado con la vida y los bienes propios o de terceros y la fabricación, instalación, comercialización y utilización de equipos para vigilancia y seguridad privada, blindajes y transportes con este mismo fin.

ARTÍCULO 3o. PERMISO DEL ESTADO. Los servicios de vigilancia y seguridad privada, de que trata el artículo anterior, solamente podrán prestarse mediante la obtención de licencia o credencial expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, con base en potestad discrecional, orientada a proteger la seguridad ciudadana.

La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada con base en esa misma potestad, podrá suspender o cancelar la licencia o credencial expedida.

Así las cosas, la seguridad es una función pública primaria a cargo del Estado y los particulares son facultados para ejercer la vigilancia y seguridad privada únicamente en los términos y condiciones previstos en la ley. Así, como quiera que dicha actividad involucra la protección de vidas y bienes, se hace necesario que sea desarrollada previa expedición de licencias y bajo la supervisión de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

Es claro que el Olmos Pastor fue contratado como celador para que, de manera personal, cumpliera con las labores de vigilancia y seguridad, en horario nocturno, de automotores que eran dejados en el parqueadero, pues así lo relataron los testigos. La accionada negó la existencia del contrato y por ningún medio demostró que estuviera autorizada para prestar este tipo de servicio como lo exige el artículo 3 del Decreto 356 de 1994, empero ello no puede servirle de excusa para desconocer los derechos del trabajador, quien demostró haber empleado su fuerza de laboral en beneficio de la pasiva. En consecuencia, la Sala disiente de la consideración del Juez en cuanto concluyó que el actor desarrolló una actividad ilegal, pues lo que se evidencia es que la labor es lícita, pero el empleador no contaba con el permiso del Estado para desarrollarla y no podría, aun con su negligencia, salir airoso de este proceso y evadir el pago de acreencias laborales, pues ello rompería el equilibrio y confianza que debe regir una relación de trabajo.

De otra parte, aunque se pretende que se declare la existencia del contrato desde 15 de septiembre de 2012 hasta el 14 de septiembre de 2015, los testigos señalaron que el servicio se prestó entre 2012 y 2015, Edgar Erwin Fuentes Garzón indicó que fue en los meses de septiembre de cada una de esas anualidades, por lo que se tendrá como extremo inicial

del contrato de trabajo el 30 de septiembre de 2012 y como extremo final el 1 de septiembre de 2015. Lo anterior, porque la falta de exactitud en el día y el mes de inicio y finalización del contrato no constituye un impedimento para fijar los extremos (CSJ SL 1394-2019; CSJ SL, 22 mar. 2006, rad. 25580).

A efectos de liquidar las acreencias laborales se tendrá como salario el mínimo legal mensual vigente fijado por el Gobierno Nacional para cada anualidad, pues si bien, el accionante señaló que como retribución a su servicio para el 2012 recibió la suma de \$30.000, en el año 2013 \$35.000, en el 2014 \$37.000, y en el 2015 \$40.000, no probó tal circunstancia.

En consecuencia, la parte demandada deberá cancelar al actor

Cesantías	\$1.780.106
Intereses a las cesantías	\$183.658
Primas de servicio	\$1.780.106
Vacaciones	\$890.053

Tabla Liquidación Prestaciones Sociales				
Año	Cesantías	I. cesantías	Prima de servicios	Vacaciones
2.012	\$ 143.249,17	\$ 4.345,22	\$ 143.249,17	\$ 71.624,58
2.013	\$ 589.500,00	\$ 70.740,00	\$ 589.500,00	\$ 294.750,00
2.014	\$ 616.000,00	\$ 73.920,00	\$ 616.000,00	\$ 308.000,00
2.015	\$ 431.356,53	\$ 34.652,31	\$ 431.356,53	\$ 215.678,26
Totales	\$ 1.780.106	\$ 183.658	\$ 1.780.106	\$ 890.053

No hay lugar al pago de dotación, dado que a la finalización del contrato esta solo puede entregarse a título de indemnización de perjuicios, no obstante el demandante no demostró los valores que sufragó en calzado o vestuario para la ejecución de sus funciones.

El demandante no acreditó que fue despedido, razón suficiente para absolver a la demandada de pagar indemnización alguna terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo.

De otra parte, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo no cubra al trabajador los salarios y prestaciones sociales, de allí que la misma procede cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En ese sentido, ha decantado la jurisprudencia laboral que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento asumido por el empleador en su condición de deudor moroso; y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos expuestos por la defensa son razonables y aceptables, al punto que pueda considerarse un comportamiento de buena fe (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529, CSJ SL8216-2016 y CSJ SL3936-2018).

La Sala estima que probada la prestación personal de manera continua, no existe razón atendible para que Luis Hernando Vigoya Díaz durante la ejecución del vínculo y a la terminación del contrato de trabajo se abstuviera de pagar al trabajador sus acreencias laborales, pese a que fue citado a audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo, allí negó la existencia del vínculo y a través de su apoderada instó al trabajador a iniciar el proceso ordinario. Además, como se vio, eludió su obligación de solicitar autorización para ejercer actividades de vigilancia y seguridad. En consecuencia, la Colegiatura no evidencia actuar de buena fe del demandado por lo que se impondrá condena por concepto de sanción moratoria

Para su liquidación, se advierte que el artículo 65 del Código sustantivo de Trabajo en su inciso primero vigente para quienes como el demandante devengaron un salario mínimo, dispone que si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

En consecuencia, se condenará a la demandada a pagar al actor la suma diaria de \$21.478, a partir del 1 de septiembre de 2015 y en adelante, hasta que se verifique el pago de la obligación.

De las mismas consideraciones se sirve la Sala para ordenar a la demandada pagar indemnización por no consignación de cesantías a un fondo en la suma de \$ 17.898.933,33.

Tabla Sanción por no Consignación de Cesantías Art. 99 Ley 50 de 1990					
<i>Año</i>	<i>Periodo</i>		<i>No. Días de Sanción</i>	<i>Sanción</i>	<i>Total</i>
2012	16/02/2013	15/02/2014	360	\$ 18.890,00	\$ 6.800.400,00
2013	16/02/2014	15/02/2015	360	\$ 19.650,00	\$ 7.074.000,00
2014	16/02/2015	1/09/2015	196	\$ 20.533,33	\$ 4.024.533,33
Total Indemnización por no pago cesantías					\$ 17.898.933,33

Considera la Sala que la demandada está llamada a responder por el cálculo actuarial correspondiente a las cotizaciones al sistema de pensiones del periodo en que estuvo vigente la relación, pues se trata de un de un derecho mínimo e irrenunciable del trabajador que en manera alguna puede ser desconocido. Así las cosas, como quiera que el accionante no fue afiliado a pensiones, se condenará a la demanda a pagar al fondo de pensiones obligatorias de la administradora a la cual se encuentre afiliado el demandante el valor del cálculo actuarial correspondiente a los aportes del periodo comprendido entre el 30 de septiembre de 2012 y el 1 de septiembre de 2015, con base en el salario mínimo legal mensual vigente fiado para cada anualidad.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 20 de enero de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar declarar que entre Elmo Olmos Pastor y Luis Hernando Vigoya Díaz sucedido procesalmente por su cónyuge o compañera permanente y por sus hijos, existió un contrato de trabajo desde el 30 de septiembre de 2012 hasta el 1 de septiembre de 2015.

SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandada a reconocer y pagar al actor:

Cesantías	\$1.780.106
Intereses a las cesantías	\$183.658
Primas de servicio	\$1.780.106
Vacaciones	\$890.053
Indemnización no consignación	\$17.898.933
Sanción moratoria: la suma diaria de \$21.478 desde el 1 de septiembre de 2015, hasta que se verifique el pago de la obligación.	

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar al fondo de pensiones obligatorias de la administradora a la cual se encuentre afiliado el demandante, el valor del cálculo actuarial correspondiente a los aportes del periodo comprendido entre el 30 de septiembre de 2012 y el 1 de septiembre de 2015, con base en el salario mínimo legal mensual vigente fiado para cada anualidad.

CUARTO: ABSOLVER a la parte demandada de las demás peticiones.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción propuesta.

Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada 038 2016 00372 01



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 38 2018 00520 01.
DEMANDANTE: ILDE ERNEY BONILLA CABRERA
DEMANDADO: HALLIBURTON LATIN AMÉRICA SRL COLOMBIA

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de junio de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la existencia de una relación laboral con la demandada, vigente entre el 2 de marzo de 2007 y el 16 de septiembre de 2015; la nulidad del contrato de transacción laboral por ser violatorio de derechos mínimos e irrenunciables, y haberse configurado vicios del consentimiento, pues para el momento del despido su capacidad laboral estaba mermada. Declarar también, que los bonos de campo pagados constituyen factor salarial. Pidió se condenara al reintegro a un cargo acorde con su situación patológica, a pagarle salarios, prestaciones y vacaciones dejados de percibir desde el 17 de septiembre de 2015; a reconocer la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; perjuicios morales y los aportes a seguridad social.

Relató que el 2 de marzo de 2007, se vinculó a Halliburton Latin América SRL Colombiana por medio de contrato de trabajo a término

indefinido, para desempeñarse como «*Operator Assistant I – Cementing*» Asistente de Operaciones I de la Línea de Cementación, en Colombia o donde el empleador estimara conveniente. Refirió que cada que debió desplazarse de la base de operaciones a realizar labores de cementación, con disponibilidad de 24 horas, la empresa le reconoció bonos de campo, ante la imposibilidad de determinar el número de horas extras laboradas. Aseguró que si los pozos intervenidos pertenecían a Ecopetrol u Oxyandina, el valor del bono era el que dichas empresas pagaran a sus trabajadores; que en la cláusula cuarta del contrato se estipuló que dichos montos no constituían salario.

Refirió que la demandada no le reconoció 15 días de vacaciones remuneradas por cada seis meses de trabajo, pese a que a lo largo de la relación laboral adelantó actividades relacionadas con el manejo de material radioactivo y sustancias altamente cancerígenas, utilizadas para medir la densidad de la mezcla en la cementación de pozos petroleros.

Expuso que el 12 de junio de 2009, estaba en el Pozo Palagua en Puerto Boyacá, salió de urgencia de la base; no le fue suministrado desayuno y de almuerzo le proporcionaron un paquete de papas y una bebida gaseosa. Una vez en pozo, el acelerador del motor auxiliar del equipo de cementación se dañó, por lo que tuvo que hacerse cargo de la operación manual de la máquina, para ello se paró en medio de dos motores sobre el chasis del equipo y dos radiadores que soplaban calor, de un momento a otro se sintió mareado, se desmayó y cayó sobre el escape del motor; se quemó una mano y parte del rostro. La Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila le determinó como pérdida de capacidad laboral 14.65% de origen profesional. El 26 de octubre de 2009, la demandada adelantó el examen de retorno laboral y le ordenó evitar exposición a radiación solar, temperaturas extremas, y le prescribió no levantar cargas superiores a 5 kilogramos con la mano afectada.

Narró que a inicios de 2015, pese a contar con fuero de estabilidad laboral, Recursos Humanos le ofreció dos opciones para salir de la empresa, la terminación del contrato sin justa causa o la terminación de

mutuo acuerdo a través de transacción con el pago de una bonificación adicional. Afirmó que ante la inminente terminación del vínculo; la amenaza de pérdida del empleo, la necesidad económica y por ser la parte débil de la relación, el 16 de septiembre de 2015, suscribió el contrato de transacción elaborado por la empleadora y recibió el pago de \$20.656.898. Expuso que debido a su condición ha sido difícil vincularse a empleos acordes con su estado de salud (fls. 1 a 12 y 141 a 152 subsanación).

La demandada se opuso a la prosperidad de las aspiraciones. Aceptó la existencia, naturaleza y extremos de la relación laboral, el cargo desempeñado por el demandante y las actividades económicas desarrolladas por la empresa. Manifestó que no son hechos o no le constan los restantes. Propuso las excepciones de cosa juzgada, inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de los derechos pretendidos por el demandante, prescripción de las acciones, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, falta de título y causa, pago y las demás declarables oficiosamente. En su defensa argumentó que la terminación del contrato se dio por acuerdo de voluntades y que para ese momento el actor no era sujeto de estabilidad laboral reforzada (fls. 162 a 186).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8 de junio de 2020, absolvió a la demandada y gravó al demandante con costas (fl. 1 y 2 cuaderno 2).

Consideró que para la terminación del contrato la empresa ofreció opciones al trabajador y este voluntariamente optó por suscribir la transacción, sin que hubiera probado que en tal acto se configuró algún vicio del consentimiento o que versó sobre derechos ciertos e irrenunciables. Explicó que le fue fijada una pérdida de capacidad laboral inferior al 15%, estructurada el 12 de junio de 2009, empero el demandante continuó vinculado y se desempeñó laboralmente, con observación de las recomendaciones prescritas, de suerte que no estaba

amparado por el fuero de estabilidad laboral reforzada. Acotó que si bien, obra dictamen pericial aportado por el demandante, no se desvirtúa que se desempeñó laboralmente, la empresa no conoció este documento y, en todo caso, el accionante no usó dicho experticio para reclamar ante la ARL.

Concluyó que las partes pactaron que los bonos de campo no constituían salario, y no se demostró que este pago retribuyera el trabajo en horas extras o que el demandante hubiera ejecutado actividades de campo con posterioridad al accidente de trabajo acaecido en 2009, que lo hicieran merecedor del pago. Estimó que tampoco hay lugar a otorgar vacaciones especiales porque de haber estado en contacto con sustancias radioactivas, ello solo pudo ocurrir con anterioridad al 2009, por lo que este derecho estaría prescrito.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante suplicó la revocatoria de la sentencia tras argumentar que para verificar la validez de la transacción se requiere «*sensibilidad constitucional*» y darle un alcance amplio al principio de primacía de la realidad, dado que para la fecha de finalización del contrato tenía determinada la pérdida de capacidad laboral y le habían sido prescritas restricciones.

Sostiene que la demandada, pese a que pudo finalizar la relación sin justa causa y pagar la indemnización, previa autorización del Ministerio de Trabajo, optó por la terminación mediante transacción porque sabía que el estado de salud del trabajador no era óptimo; que tenía restricciones importantes que le impedían tomar el sol por más de cinco minutos. Preciso que no es una persona letrada, por tanto, no sabía que estaba renunciando a los beneficios de la Ley 361 de 1997, pese a que la ley lo prohíbe. Alegó que la pérdida del 14.65% de capacidad laboral es relativa, pues no puede exponerse a la luz solar, ya que de hacerlo, la cicatriz puede empeorar, además, presenta dolor a raíz de los injertos que le hicieron, por lo que la empresa lo reubicó.

Arguye que los bonos de campo, conforme a la jurisprudencia, constituyen factor salarial porque retribuyen la labor desempeñada por el trabajador. Indica que no es un trabajador de confianza y manejo, ya que jerárquicamente tenía superiores. En relación con las vacaciones especiales, expone que para su causación el Reglamento Interno de Trabajo no dispone que la exposición a sustancias radioactivas deba ser directa o constante, sino que se trabaje en actividades relacionadas con el manejo de las referidas sustancias.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código de Procedimiento Laboral, corresponde a la Sala definir si el promotor del juicio, para la fecha en que terminó el contrato de trabajo, gozaba de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud, en consecuencia, si la transacción suscrita con el empleador debe ser invalidada y reintegrado sin solución de continuidad. También, verificar el carácter salarial de los bonos de campo y si le asiste derecho al pago de las vacaciones especiales previstas en el Reglamento Interno de Trabajo.

Está demostrado que: *i)* el demandante se vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido, que inició el 2 de marzo de 2007 (fls. 14 a 16); *ii)* el 12 de junio de 2009 sufrió accidente de trabajo (fl. 65 y 66); *iii)* la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 14.65% estructurada el 12 de junio de 2009 (fl. 18 a 21), y que el contrato terminó el 16 de septiembre de 2015, en virtud de acuerdo transaccional (fl.25 y 26).

La transacción

Señala el artículo 2469 del Código Civil, que la transacción es un contrato amistoso al que llegan las partes con el fin de terminar un litigio surgido entre ellas o para precaver uno eventual. A diferencia de la conciliación, la transacción no se realiza con la intervención de alguna autoridad, sino que basta la manifestación escrita de las partes de que

llegaron a un acuerdo sobre el punto en cuestión, para que esta tenga plena validez.

El artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que en los asuntos del trabajo la transacción es válida, salvo que se trate de derechos ciertos e indiscutibles. Por ello, no tendrá ningún valor aquella que implique renuncia o menoscabo de tales derechos del trabajador sobre los cuales no pueda existir ninguna duda por haberlos contemplado la ley expresamente.

Así las cosas, existen unos presupuestos cuyo cumplimiento es indispensable para que proceda la aprobación de la transacción, esto es, que: (i) exista entre las partes un derecho litigioso eventual o pendiente de resolver; (ii) el objeto a negociar no tenga el carácter de un derecho cierto e indiscutible; (iii) el acto jurídico sea producto de la voluntad libre de las partes, es decir, exenta de cualquier vicio del consentimiento, y (iv) lo acordado genere concesiones recíprocas y mutuas para las partes, eso sí, en tratándose de asuntos laborales, que no sean abusivas o lesivas de los derechos del trabajador.

Respecto de los derechos ciertos e indiscutibles, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 17 feb 2009, rad. 32051, traída a colación en proveído CSJ AL1761-2020, puntualizó:

(...) esta Sala de la Corte ha explicado que (...) *“el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra. Por lo tanto, un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad. Lo que hace, entonces, que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible, lo que desde luego no se correspondería con el objetivo de la restricción, impuesta tanto por el constituyente de 1991 como por el legislador, a la facultad del trabajador de disponer de los derechos causados en su favor;*

limitación que tiene fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados en las leyes sociales” (Sentencia del 14 de diciembre de 2007, radicación 29332). (subraya fuera del texto)

En el presente asunto las partes suscribieron contrato de transacción el 16 de septiembre de 2015, mediante el cual acordaron poner fin a la relación laboral con el pago de \$16.656.898 como bonificación extraordinaria con el fin de prevenir cualquier litigio y el pago de tres meses de medicina prepagada (fls.25 y 29)

Con estos presupuestos pasa la Sala a definir si para el momento en que el accionante firmó el contrato de transacción era titular de un derecho cierto en razón a su estado de salud.

Estabilidad laboral reforzada

Bajo ese entendido, se adentra el Tribunal al estudio de los preceptos constitucionales y legales que dan sustento a la protección especial de las personas en condición de discapacidad y al análisis del precedente jurisprudencial que ha desarrollado los parámetros para la efectiva materialización de sus derechos.

Desde el marco jurídico de los derechos humanos, la *discapacidad* es un concepto universal que trasciende el sistema colombiano de seguridad social. En efecto, la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009, ratificada el 10 de mayo de 2011, y vigente en Colombia a partir del 10 de junio de 2011, concibe la discapacidad como el resultado negativo de la correlación entre las circunstancias específicas de un sujeto y las barreras impuestas por la sociedad.

En el preámbulo, reconoce que es *«un concepto que evoluciona»*, además, que es producto *«de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*. Así mismo, el artículo 1 señala que las personas con

discapacidad *«incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».*

Es dable afirmar que la discapacidad resulta de la interrelación que existe entre una deficiencia física, mental, intelectual y sensorial de un sujeto, y los obstáculos del entorno, que dificultan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral al momento de abordar la diferencia entre la invalidez y la discapacidad en sentencia CSJ SL3610-2020, puntualizó:

Entonces, como bien lo afirma el recurrente, invalidez y discapacidad son conceptos diferentes. Sin embargo, no son excluyentes y pueden superponerse, lo que significa que una persona puede tener un estado de invalidez y al mismo tiempo una discapacidad. De hecho, es usual que las personas declaradas inválidas tengan a su vez discapacidades derivadas precisamente de esas deficiencias que les impiden integrarse en los entornos laborales. Es decir, puede suceder y es bastante común, que las deficiencias que provocan un estado de invalidez, también contribuyan a estructurar una discapacidad en un contexto laboral específico.

Pero, así como es usual que invalidez y discapacidad converjan en una persona, puede que no. Por ejemplo, un ex miembro de la fuerza pública o piloto de una aerolínea, debido a alguna deficiencia en su salud, puede haber sido declarado inválido para desarrollar esa actividad y por lo mismo puede estar percibiendo una pensión de invalidez, pero es factible que esa limitación no afecte en lo absoluto el desarrollo de otras labores productivas. Igual ocurre con profesionales, técnicos o artistas que debido a una pérdida o afectación de una estructura anatómica o una función psicológica o fisiológica son declarados inválidos, pero sus limitaciones no les impidan integrarse de nuevo al mundo laboral para explotar sus capacidades y poner en práctica otras destrezas, habilidades y conocimientos al servicio de la comunidad y la economía.

En ese orden de ideas, la tesis del recurrente relativa a que las personas declaradas inválidas «no se encuentran en condiciones de trabajar» no es de recibo para esta Sala. Como se mencionó, la mayor parte de las personas declaradas inválidas tienen discapacidades, de manera que sostener que están excluidas del mundo laboral equivale a negarles el derecho a la inclusión sociolaboral.

La Convención sobre las Personas con Discapacidad, en el artículo 27, reconoce el derecho al trabajo de las personas en tal condición, e incluye a aquellas «que adquieran una discapacidad durante el empleo», así:

Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo [...].

Igualmente, admitir que las personas en quienes concurre una invalidez y una discapacidad no pueden reincorporarse a la fuerza laboral no solo vulnera su derecho al trabajo; también niega su autonomía individual garantizada en la Convención y pone el énfasis en lo que no pueden hacer en vez de acentuar aquello que sí son capaces de ejecutar.

El artículo 13 de la Constitución Política reconoce que el Estado tiene, en el marco de sus deberes, el de proteger *«especialmente a aquellas personas que por su condición [...] física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta»*. Con base en dicha disposición, se colige que a quienes se encuentran en condiciones físicas de debilidad manifiesta, se les debe una protección especial. Esa garantía se predica de todos los derechos y, por tanto, también de la *«estabilidad en el empleo»*, reconocido igualmente en el artículo 53 de la Carta Fundamental.

Es justamente como desarrollo de esas exigencias constitucionales, que el legislador ha expedido diferentes normas, dentro de las cuales se destaca la Ley 361 de 1997, la Ley 1346 de 2009 por medio de la cual se aprueba la *«Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad»* y la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, con el fin de adoptar una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a ciertas personas que por su estado de salud pueden ser discriminadas.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, preceptúa:

En ningún caso la <situación discapacidad> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha <situación discapacidad> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona <en situación de discapacidad> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su <situación de discapacidad>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su <condición discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

Con lo anterior se pretende contrarrestar las conductas discriminatorias en contra de las personas que están en una particular situación, al prohibir expresamente las conductas dirigidas a anular o restringir sus derechos, libertades u oportunidades sin justificación objetiva y razonable y, también, como pleno desarrollo del derecho a la igualdad y dignidad humana predicado constitucionalmente.

La Sala de Casación Laboral, ha interpretado el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo la concepción de que la sola circunstancia de padecer una enfermedad o estar incapacitado no es suficiente para ser beneficiario de las garantías que allí se contemplan, pues estas deben estar revestidas de cierto grado de limitación, por regla general, debidamente calificada, la que ha considerado debe ser superior al 15%. (CSJ SL10538-2016, reiterada en las decisiones CSJ SL17945-2017, CSJ SL24079-2017, CSJ SL685-2018).

En sentencia CSJ SL2797-2020, el órgano de cierre adoctrinó:

En consecuencia, la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su invalidez, salvo que medie autorización del Ministerio de la Protección Social, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que su discapacidad comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral; cuya acreditación no depende de una prueba especial o forma instrumental determinada, ya que lo importante para que opere la estabilidad reforzada en favor de dichos trabajadores, es que se pueda demostrar esa situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocido por el empleador, lo cual puede darse con los diferentes medios de prueba habilitados por el legislador, incluso, con el dictamen de las Juntas de Calificación, realizado con posterioridad a la terminación del vínculo, que confirme la situación de limitación, que era evidente desde entonces.

Al amparo de lo expuesto, se procede al análisis de las pruebas arrojadas al plenario, en el que se verifica que la demandante aportó: formato de investigación de incidentes y accidentes de trabajo de conformidad con el cual el promotor del juicio sufrió accidente grave el 12 de junio de 2009, sobre las 15:30 del día, durante una operación de cementación (fl.59 a 62). Trajo dictamen emitido por la ARP Sura el 30 de octubre de 2010, que determinó una pérdida de capacidad laboral (PCL) del 13.95%, estructurada el 23 de octubre de 2010 de origen profesional y dictamen proferido el 21 de octubre de 2011, por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila en el que se determinó que el accionante padece una PCL del 14.65% de origen laboral, estructurada el 12 de junio de 2009 (fl. 18 a 21). A folio 41 corre concepto de aptitud laboral emitido el 26 octubre de 2009, por medicina Ocupacional de la demandada, según el cual el actor podía retornar a laborar observando las siguientes recomendaciones:

- Debe evitar exposición a radiación solar
- Evitar la exposición a temperaturas extremas
- Puede realizar manejo de cargas de forma manual en mano afectada no mayor de 5 kilogramos
- Debe usar de forma regular los elementos de compresión elástica formulado por médico tratante
- Debe usar elementos de protección personal
- Realizar terapia física señalada por médico tratante.
- Debe realizar pausas activas mínimo 3 veces al día con duración de 5 minutos c/u
- Debe acudir a valoraciones médicas que se requieran según criterio médico
- Las anteriores deben seguirse hasta tanto se prescriba lo contrario por médico tratante

Obra comunicación de la ARP Sura del 4 de noviembre de 2010, mediante la cual se reconoció al actor indemnización en la suma de \$10.321.571 (fls. 63 y 64). Así mismo, el demandante aportó dictamen pericial elaborado por un Médico Especialista el 25 de julio de 2018, en el que se define que el promotor padece una PCL del 28.35% y mantiene la fecha de estructuración del accidente de trabajo (fl. 42 a 49). Anexó informe psicológico de 22 de junio de 2018, de acuerdo con el cual debido a las secuelas del accidente de trabajo, el actor presenta afectación emocional, malestar en su estado de ánimo, pues vio amenazado su bienestar físico, psicológico y social, que le generó *«alteración en el*

ambiente familiar puesto que no contaban con estrategias de afrontamiento ante situaciones difíciles lo cual creó cambios en la relación, además de reestructurar sus hábitos de vida ya que a partir del evento debió modificar actividades cotidianas que lo fueron distanciando de las personas que lo rodeaban» (fl. 52 a 54).

Igualmente, fue aportada historia clínica que muestra la evolución del actor desde el 13 de junio de 2009 hasta el 21 de julio del mismo año, da cuenta de que el paciente «*SUFRIÓ QUEMADURAS CON EL EXOSTO DE UN MOTOR CUANDO ESTABA TRABAJANDO, PRESENTA QUEMADURAS EN CARA, MANO DERECHA Y REGIÓN LUMBAR IZQUIERDA*»; se indican los procedimientos quirúrgicos practicados, y los controles médicos realizados (fl. 67 a 109). Se avistan constancias de controles realizados el 14 de mayo de 2010, 14 de septiembre de 2011 y 23 de mayo de 2013 (fl. 110 a 112 y 130). En el último, el paciente refiere «*ESTOY BIEN PERO HE PENSADO EN VER LA POSIBILIDAD DE MEJORAR EL ÁREA DE LA MEJILLA*» y en la formulación se indica «*SE ESTUDIARÁ LA POSIBILIDAD DE REALIZAR COLGAJO LIBRE VS EXPANSOR TISULAR PARA LA RECONSTRUCCIÓN D ELA (Sic) MEJILLA SE DA CITA ABIERTA PARA DEFINIR CONDUCTA*». Figura también, liquidación final del contrato de trabajo de 18 de septiembre de 2015.

Se escucharon los testimonios de Dactari Lozada, Ramiro Palomar Silva y Albeiro Andrade Campos, ninguno de ellos presenció el accidente, empero Andrade Campos dijo que después de ocurrido, el demandante no volvió a campo, fue reubicado y desempeñó funciones de logística en oficina, y los ingresos le disminuyeron porque dejó de percibir los bonos que le pagan en el campo. El testigo Ramiro Palomar Silva supo que el demandante sufrió un accidente de trabajo porque la empresa lo comunicó, y que después no volvió a trabajar en campo y fue reubicado en las oficinas de Neiva y cubría turnos en las de Barrancabermeja. El deponente Dactari Lozada manifestó que después del accidente el actor fue reasignado a trabajo administrativo en oficina, porque le enviaba correos electrónicos relacionados con las labores que ejecutaba en el campo.

Al absolver interrogatorio de parte la representante legal de la demandada, Sonia Cristina Quintero Morales, vinculada desde enero de 2017, quien se desempeña como Gerente de Recursos Humanos indicó que pese a que el accionante sufrió un accidente de trabajo, con posterioridad, prestó servicios a la empresa durante seis años más.

La demandada aportó comprobantes de pagos de nómina desde marzo de 2007 hasta abril de 2015. Solicitó decretar y practicar los testimonios de Raúl Hernando Quevedo Contreras, Janneth Rocío Meza Durán, Oscar Alejandro Monroy Mendoza, y Claudia Porras. Los dos primeros no se refirieron al accidente de trabajo, ni a las condiciones de salud del actor. Claudia Porras vinculada desde hace 20 años a la empresa, labora actualmente como coordinadora de desempeño, dijo que conoce al demandante, sabe que después del accidente fue ubicado en el laboratorio porque tenía restricción de exposición a la luz y debía usar filtro solar, pero para el momento del retiro, desconoce si tenía alguna recomendación.

Oscar Alejandro Monroy Mendoza, médico especialista en salud ocupacional, quien presta servicios a la demandada, refirió que en 2009, era asesor médico, trabajaba para la ARL Colpatria y allí conoció al demandante, que para la época estaba en proceso de recuperación de un accidente de trabajo, tenía secuelas de un accidente de trabajo que le ocasionó quemaduras en el área facial, y en la mano, y otras cicatrices producidas por el tratamiento de injertos que le practicaron para corregir las heridas. Aludió a que después de la incapacidad, la ARL recomendó el uso de bloqueador solar y evitar la exposición al sol mientras su cicatrización terminaba. Aseguró que para cuando terminó el contrato, el promotor del juicio prestaba servicio en el laboratorio de cementación, no tenía ninguna limitación para ejecutar sus funciones allí, y tampoco estaba incapacitado, apenas tenía recomendaciones para el control de la cicatriz facial, dirigidas a lo estético, porque su locomoción no se vio afectada.

Al rendir declaración de parte, el demandante dijo que para la fecha de desvinculación, no podía laborar con exposición al sol superior a 5 minutos, debía usar bloqueador, capucha, casco, lentes y estar la menor cantidad de tiempo expuesto a radiación solar, pues ello podía alterar la condición médica generada por el accidente.

Así las cosas, conforme al acervo probatorio reseñado, concluye el Tribunal que si bien, el actor probó que su estado de salud se afectó a consecuencia de las quemaduras que sufrió el 12 de junio de 2009, y que por ello debió ser sometido a procedimientos quirúrgicos para mejorar las cicatrices, así como que desde mayo de 2013, se contempló la posibilidad de realizar otro procedimiento (fl. 112), no se acreditó que para el 16 de septiembre de 2015, cuando finalizó el contrato de trabajo por transacción, tuviera una condición médica que le impidiera realizar sus funciones, o que estuviera en incapacidad en razón de la misma. Incluso, al absolver interrogatorio de parte reconoció que se desempeñaba laboralmente, y que las restricciones que tenía se relacionaban únicamente con la exposición solar, el uso de elementos de protección y filtro solar, lo que coincide con el dicho de los testigos Oscar Alejandro Monroy Mendoza y Claudia Porras.

En ese horizonte, estima esta Colegiatura que el demandante no demostró limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral con el carácter de moderada, esto es, igual o superior al 15%, por tanto, no era titular de un derecho cierto e indiscutible que le impidiera poner fin al contrato de trabajo de común acuerdo con la demandada. En consecuencia, la transacción es válida, como quiera que para el momento en que fue suscrita, el demandante no era sujeto de estabilidad laboral reforzada y podía decidir si continuaba o no vinculado a la empresa.

Además, se probó que el actor fue contratado como operador de cementación, empero luego del accidente fue reubicado y pasó a realizar labores administrativas en oficina, según lo reconoció, y lo relataron los deponentes Dactari Lozada, Ramiro Palomar Silva, Albeiro Andrade Campos, Claudia Porras y Oscar Alejandro Monroy Mendoza, es decir que

la empresa, atendiendo a sus condiciones de salud, lo mantuvo vinculado durante más de seis años después del accidente, lo que lleva a concluir que la afectación de salud no era insuperable o incompatible con su rol laboral, porque no impidió al actor desempeñarse en nuevas funciones, ni fue un obstáculo para que la empresa mantuviera vigente el contrato de trabajo después del siniestro.

No olvida la Colegiatura que mediante dictamen del 25 de julio de 2018, el especialista Camilo Arturo Bernal determinó que el accionante padece una pérdida de capacidad laboral del 28.35%, estructurada el 12 de junio de 2009, empero se reitera, su estado de salud no le impidió desempeñarse laboralmente durante los siguientes años, no origina discriminación, ni la terminación del contrato. Además, es claro que el dictamen se emitió transcurridos casi tres años desde el momento en que se firmó el acuerdo transaccional y se puso fin al vínculo, de suyo que la empleadora desconocía la situación que ahora se le pretende enrostrar.

Es pertinente señalar que al rendir declaración de parte, el actor manifestó que el contrato terminó con la firma de un acta de transacción en una notaría de Barrancabermeja, que una persona de Recursos Humanos le ofreció dos alternativas, la primera, *«salir con la liquidación legal de \$10.000.000 o con el pago de \$20.000.000 y medicina prepagada por tres meses y que como tenía una hija optó por la segunda opción»*. Resulta claro, entonces, que la suscripción del acuerdo fue un acto de voluntad libre de apremios, adelantado por una persona plenamente capaz.

Así las cosas, como quiera que para el 16 de septiembre de 2016, el demandante no era sujeto de estabilidad laboral reforzada y, por tanto, no era titular de un derecho cierto e irrenunciable, no es posible revocar la sentencia en el sentido perseguido en la apelación, pues en ejercicio de la autonomía de la voluntad suscribió un acuerdo con el que puso fin a la relación de trabajo de manera válida.

Bonos de campo y vacaciones especiales

Argumenta el demandante que en aplicación de la jurisprudencia los bonos de campo que le fueron cancelados constituyen factor salarial porque retribuyen la labor desempeñada por el trabajador.

Al absolver interrogatorio de parte el accionante dijo que cuando ejerció el cargo de operador I, cada vez que tenía que salir de la base de trabajo recibió el pago de bono de campo. Al rendir declaración de parte la representante legal de la demandada afirmó que el bono de campo es un pago extralegal y extra salarial, para quienes en razón de sus funciones deben ir a trabajar a campo. Se pagan de acuerdo a las políticas salariales de las empresas usuarias, que se extienden a los contratistas, por ello, en los desprendibles de nómina aparecen desglosados. Adujo que el demandante de acuerdo a las funciones desempeñadas, no estuvo expuesto, ni trabajó con sustancias radioactivas.

Por su parte, el testigo Albeiro Andrade Campos, dijo que fue superior jerárquico del demandante a quien conoció en 2007, laboraron en el área de cementación, iniciaron en la compañía como asistentes de servicios; que por aquella época les pagaban horas extras, luego cuando los ascendieron a Operador I, empezaron a pagarles bonos de campo cuando salían a bases diferentes, en las que debían estar disponibles a tiempo completo, para atender las contingencias que presentaran, no tenían horario, podían laborar, incluso, 24 horas seguidas, según lo requiriera la operación. Dijo que tenían acceso a fuentes y material reactivo, Celsius 137.

El deponente Ramiro Palomar Silva, dijo que conoció al demandante en Neiva porque son oriundos de esta ciudad, en algunas oportunidades, coincidieron en las bases de trabajo. Aseguró que en ejercicio de sus funciones estaban en contacto directo con fuentes radioactivas. Cuando salían a campo tenían derecho al pago de bonos. El testigo Dactari Lozada quien también fue compañero del actor dijo que siempre que un trabajador se movía a campo, recibía el pago de un bono; que después del accidente el demandante fue reasignado a trabajo administrativo en oficina, lo que le

consta porque le enviaba correos electrónicos relacionados con las labores que ejecutaba en el campo. En ejecución de las funciones de operador de cementación estaban en contacto directo con un densímetro, que es una unidad cerrada que contiene material reactivo, en el curso de la operación alrededor de 3 veces, estos medidores llegaron a la compañía después del 2013.

Por otra parte, Claudia Porras, Coordinadora de Desempeño de la empresa expuso que la empresa paga a los trabajadores cuando salen a pozo, bonos de campo, pero explicó que después del accidente el actor fue ubicado en el laboratorio porque tenía restricción de exposición a la luz y debía usar filtro solar, y que no tenía derecho al pago de vacaciones especiales porque no estaban expuestos a radiación. La testigo Janneth Rocío Meza Durán dijo que no conoció al demandante, pero sabe que trabajaba para el área de cementación. Explicó que los bonos de campo se pagan a los trabajadores que deben laborar fuera de su lugar de contratación; desconoce si se pagaba junto con las horas extras. El deponente Raúl Hernando Quevedo Contreras, tampoco conoció al demandante, pero sabe que cuando los trabajadores no estaban en su sede de trabajo normal, se les pagaba un bono, por el discomfort o incomodidad que pudiera generar. Señaló que no todas las áreas recibían el pago de vacaciones especiales porque no todos estaban expuestos a fuentes radioactivas, en todo caso, las exposiciones cambiaron en el 2013.

Para la Sala, resulta inocuo establecer si los bonos de campo pagados al demandante constituyen salario, pues los testigos son contestes en indicar que estos pagos se hacían a quienes debían deslazarse a laborar fuera de su base de operaciones, y el demandante únicamente salió a prestar esta clase de servicio hasta el 12 de junio de 2009, cuando sufrió el accidente de trabajo que le ocasionó lesiones y secuelas que obligaron a la empresa a reubicarlo en el laboratorio de cementación.

Es decir, que entre el 12 de junio de 2009, fecha en que dejó de prestar servicios, los servicios en las condiciones que dan lugar al bono y

la fecha en que se presentó la demanda, 14 de septiembre de 2018, transcurrieron más de 8 años, por lo que ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción, en aplicación de lo dispuesto en los artículo 488 del Código Sustantivo de Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Por otra parte, importa señalar que el demandante no probó que estuvo expuesto a sustancias radioactivas y como quiera que la única referencia a tal hecho la hicieron los testigos que solicitó escuchar, quienes manifestaron que la exposición se daba al ejecutar las funciones de cementador, también ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción respecto de cualquier eventual derecho pues, se reitera este cargo solamente fue desempeñado por el actor hasta cuando sufrió el accidente de trabajo el 12 de junio de 2009.

Así las cosas, no es posible tampoco, en este punto, revocar la sentencia de primera instancia.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 8 de junio de 2020,

SEGUNDO: Sin costas en la apelación, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

ACLARO VOTO



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 038 2019 00565 01
DEMANDANTE: JOSÉ VICENTE ROZO FRANCO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós 2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso que interpuso la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de julio de 2021.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229

Constitución Política), por carecer de “congruencia interna” que, según la Sala de Casación Laboral “(...) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colfondos S.A., realizado el 13 de octubre de 2000, subsidiariamente, la ineficacia e inoperancia del cambio. En consecuencia, se condene a la AFP a «*restituir y pagar*» a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y gastos de administración. A esta a recibirlo como afiliado;

aceptar los dineros y contabilizar las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual. Así mismo, a las demandadas a reconocer los derechos a que hubiere lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales, y se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. el 13 de octubre de 2000. Adujo que no fue asesorado de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las diferencias económicas entre uno y otro régimen. Finalmente, que reclamó el retorno al RAIS pero le fue negado. (fls. 1 a 57 y 205 a 264 subsanación).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la afiliación al Instituto de los Seguros Sociales, el traslado al RAIS y la reclamación administrativa. Manifestó que no le constaban o no ser ciertos los restantes hechos. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, se trasladó de forma voluntaria y tuvo la oportunidad de regresar al régimen de prima media en el término previsto en la ley, pero no lo hizo (fls. 285 a 302 expediente digital).

Por auto de 1 de julio de 2020 se tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP Colfondos S.A. (fl. 274 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de julio de 2021, absolvió a las demandadas. Se

relevó del estudio de las excepciones propuestas e impuso costas al demandante (carpeta 11 expediente digital)

Como sustento de su decisión, señaló que al 1 de abril del 1994 el promotor del juicio no había cotizado o prestado servicio por 15 años, por ende, no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. Concluyó que no demostró la configuración de algún vicio del consentimiento en el acto de traslado, y no es posible declarar la ineficacia de pleno derecho porque la afiliación al RAIS corresponde a una manifestación de voluntad. Añadió que la jurisprudencia no puede ser aplicada de forma automática y general, cada caso debe ser analizado de manera particular.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El actor pretende la revocatoria de la sentencia bajo el argumento de que la AFP al momento del traslado no le proporcionó información adecuada y completa sobre los beneficios y desventajas que el cambio conllevaría, tampoco le explicó las características del RAIS, ni la manera en que se configura el derecho pensional; no le advirtió los elementos que determinaban el monto de la pensión, menos aun que sería distinto al que podría obtener en el régimen de prima media, por tanto, dice, no puede predicarse que medió consentimiento informado.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para

quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados”*.

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. Por su parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura

con el solo diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Adicionalmente, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción, que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

V. CASO CONCRETO

Según la historia laboral de folio 77, el actor se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 2 de enero de 1978, y migró al RAIS, administrado por Colfondos S.A. el 13 de octubre de 2000, según consta en formulario de folio 67, en el que se puede leer: *“Hago constar que la afiliación del régimen de ahorro individual con solidaridad lo he efectuado de forma libre espontánea y sin presiones. Manifiesto que he elegido a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A Colfondos para que administre mis aportes pensionales y que los datos aquí reportados son verdaderos”*

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante señaló que inició su vida laboral a los 15 años; para la época del traslado prestaba servicios a «La Vialidad» allí se presentó un asesor del fondo que en reunión con varios empleados informó que el ISS iba a quebrar. Firmó voluntariamente el formulario, convencido que le ayudarían con unos tiempos que no le figuraban en la historia laboral y con la confianza que su empleador había presentado al promotor. Dijo que hace tres años la AFP le informó que tras 1.600 semanas cotizadas, se pensionaría con el salario mínimo.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

Importa señalar que la Sala de Casación Laboral reiteró que *«el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Colfondos faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Así las cosas, la Sala revocará la decisión de primera instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión del deber de información se debe abordar desde esta institución en sentido estricto y no desde la óptica de la nulidad.

Por tanto, la susodicha administradora, deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto

con los rendimientos y, de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar, de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones, y así se indicará en la parte resolutive de esta sentencia.

Impone señalar que la acción de inejecución es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 22 de julio de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar la inejecución del traslado realizado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Colfondos S.A. a trasladar al Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones recibir los dineros provenientes de Colfondos S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MUFILLO VARÓN

Magistrada

salvamento de voto

038-2019-00565-01



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 04 2018 00765 02
DEMANDANTE: LILIANA CABRERA VANEGAS
DEMANDADO: SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de febrero de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se condenara a la demandada a reconocerle y pagarle pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su compañero Ever Eladio Cabrera Narváez, quien fue pensionado en la modalidad de renta vitalicia, así como las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que convivió con el jubilado por espacio de 31 años y 10 meses; la convivencia se desarrolló, en principio, en la ciudad de Cali, por dos años, luego en Bogotá, siempre en la casa de su progenitora. Relató que fruto de la unión procrearon a Jhon Jairo, Jenny Paola y Santiago Cabrera Cabrera, los dos primeros mayores de edad. Informó que Cabrera Narváez fue diagnosticado en 2012, con una enfermedad terminal, y que al contratar la renta vitalicia con la

demandada, la relacionó como su beneficiaria, y la tenía vinculada en salud a Famisanar.

Manifestó que debido al padecimiento, la convivencia se tornó difícil por los celos constantes de su esposo, quien no podía llevar una vida normal, de suerte que tomó la decisión de no pernoctar en su casa, no obstante, todos los días hasta el 10 de diciembre de 2016, cuando su compañero murió, fue a la casa a cuidarlo y socorrerlo, a proporcionarle los alimentos y acompañarlo a citas médicas. Refirió que le fue negada la pensión de sobrevivientes, insistió en la petición, pero fue reiterada la negativa, en cambio, la prestación le fue reconocida al menor hijo (fls. 3 a 6).

La demandada se opuso a la prosperidad de las aspiraciones. Aceptó que la actora y el causante procrearon tres hijos, la fecha del deceso, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes al menor hijo, y la negativa a otorgar la prestación a la demandante. Manifestó que no son ciertos o no le constan los restantes hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de causa *petendi* por ausencia del requisito de convivencia, buena fe, prescripción y las demás declarables oficiosamente (fls. 83 a 93).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 1 de febrero de 2021, absolvió a la demandada y condenó a la demandante a pagar las costas del proceso (fl. 188 y 189).

Como sustento de su decisión, indicó que son varias las inconsistencias advertidas entre el dicho de la actora en el juicio y lo manifestado por ella y otras personas, incluida su hija, en la investigación adelantada por la aseguradora. Concluyó que la demandante ostentó la calidad de compañera permanente del causante por un periodo importante, no obstante, la cohabitación no se extendió hasta la fecha del óbito.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante persigue que se revoque la decisión. Arguye que fue clara y precisa en indicar que convivió con el causante 35 años; que salió del inmueble en el que convivían, solo un mes antes del fallecimiento, porque la situación era muy difícil, dada la relación que ella inició seis meses antes con otra persona, lo que agudizó los celos del causante, quien por su estado de salud, dijo, debía estar en paz. Que, pese a la situación, acudía todos los días a ayudarlo y auxiliarlo hasta último momento.

IV. CONSIDERACIONES

Con apego a lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala procede a definir si la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, en calidad de compañera permanente del pensionado Ever Eladio Cabrera Narváez.

Es verdad averiguada que la norma aplicable para efectos del reconocimiento pensional es la vigente a la fecha del deceso del afiliado o pensionado. Así lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos (CSJ SL450-2018 y CSJ SL10146-2017, por citar algunos).

La AFP Protección S.A. reconoció a Cabrera Narváez pensión de invalidez, bajo el contrato de renta vitalicia con Seguros de Vida Suramericana S.A. (fl.60), y el pensionado falleció el 10 de abril de 2016, por causas de origen común (fl.61), de suerte que la prestación debe ser estudiada a la luz del artículo 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que señala en el literal a), que será beneficiario de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite,

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

La accionante aportó certificados emitidos por Famisanar EPS el 12 de septiembre de 2016 y el 11 de mayo de 2012, en los que se indica que era beneficiaria en salud de Cabrera Narváez desde el 4 de enero de 2010 (fls. 58 y 59). Allegó contrato de Plan Renta Vitalicia Obligatoria suscrito con la demandada para que esta asumiera el pago de la prestación de invalidez a partir del 1 de diciembre de 2013; en él relacionó como beneficiarios a Liliana y a su hijo Santiago Cabrera Cabrera (fl. 60).

Al absolver interrogatorio de parte, la convocante del juicio manifestó que se «voló» de la casa cuando tenía 16 años para convivir con el causante, desde el 14 de octubre de 1981, en Cali; que posteriormente, en agosto de 1983 se trasladaron a Bogotá y cohabitaron en el inmueble de propiedad de su progenitora, hasta 2015. Admitió que un mes antes del deceso se fue de la casa porque le contó a su compañero que tenía otra relación, y por un acuerdo con sus hijos iba todos los días a la casa; les cocinaba, lavaba y acompañaba a Cabrera Narváez a citas médicas, cuando su hija no podía hacerlo y en coordinación con esta además reclamaba los medicamentos.

Refirió que el causante padecía insuficiencia renal y todas las noches debía practicársele diálisis, que ella y su hija se capacitaron para hacerlo, y luego, por recomendación médica y por temas de higiene e independencia del paciente, el médico recomendó que él mismo realizara el procedimiento y así sucedió, salvo cuando estaba enfermo. Aseguró:

(...) me fui porque era muy duro que tuviera otra persona, pero pues yo le hablé con la verdad, es que él toda la vida fue enfermo de celos, entonces eso fue como deteriorándolo y realmente la relación, pero nunca tomamos

la decisión de separarnos por los muchachos, por muchas cosas, él estaba enfermo, pero tampoco quería abandonarlo porque es un gran esposo y por eso llegamos a ese acuerdo, que no lo iba a desamparar que siempre iba a estar, él tampoco quiso cambiar eso, realmente.

Aseguró que el causante no la desafilió como beneficiaria del sistema de salud, tampoco la eliminó de las prebendas de la renta vitalicia. Manifestó que en diciembre de 2015, intentaron darse una oportunidad, pasaron navidad juntos, incluso, planearon un viaje a San Andrés, pero las cosas no funcionaron por los celos del causante y él después ya no quería compartir la habitación con ella. Confesó que José Flórez es su pareja desde el 5 de junio de 2015 y conviven desde finales de febrero de 2016.

Al analizar en conjunto los medios probatorios señalados, emerge diáfano que para el 10 de abril de 2016, la demandante no convivía con Cabrera Narváez, y aunque la sola ausencia física de uno de los cónyuges o compañeros no conduce de manera inexorable a colegir que desapareció la comunidad de vida, y que, por ende, se pierde el derecho a la prestación, en el asunto bajo estudio la promotora del juicio admitió en el escrito introductorio y en su declaración de parte, que un mes antes del deceso se fue de la casa en la que durante más de 30 años convivió con el causante, porque había iniciado una nueva relación con José Flórez. En consecuencia, es claro que para la data del fallecimiento la pareja no tenía la intención de conservar una relación sentimental, con vocación de permanencia, es decir, su vínculo no entrañaba la referida comunidad de vida, de mutua comprensión, apoyo espiritual y físico, dirigida hacia un destino común, pues la accionante había iniciado la convivencia con otra persona.

Importa señalar que los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes están taxativamente señalados en la ley, por ello resulta irrelevante que al contratar la renta vitalicia, el causante hubiese relacionado dentro sus favorecidos a la actora, pues tal manifestación en manera alguna suple la norma que dispone quiénes tienen derecho a la prestación, y los requisitos que deben acreditar para tal fin. No pasa por alto la Sala que el causante

tenía incluida a la actora dentro de sus beneficiarios en el sistema de salud, empero, esta circunstancia no es demostrativa de convivencia de la pareja, menos cuando la demandante confesó que para el momento del deceso no convivía con el pensionado.

Se insiste, para el momento de la muerte, la pareja no convivía desde hacía al menos un mes, y aunque cohabitaron por más de 30 años, esta última circunstancia no la hace merecedora de la prestación reclamada, pues lo que la ley exige a la compañera permanente es acreditar que convivió con el pensionado hasta su muerte y en los 5 años inmediatamente anteriores, razones que conducen a confirmar la sentencia de primera instancia.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de febrero de 2021.

Sin COSTAS en la apelación, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada 004 2018 00765 02



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 06 2018 00344 01.
DEMANDANTE: NIVALDO ENRIQUE HERRERA BERDUGO
DEMANDADO: FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de febrero de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo, del 18 de abril de 2012 al 20 de febrero de 2017. En consecuencia, se conde a la demandada a pagar incrementos salariales, cesantías, beneficios convencionales denominados: subsidio de alimentación, primas técnica, de servicios, extraordinaria, de vacaciones, de navidad, estímulo de recreación, bonificaciones por servicios prestados y especial de recreación, todos liquidados conforme indica el artículo 25 de la convención colectiva. A pagar sanción moratoria, intereses de mora, indemnización por despido injustificado, los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

Radicación n.º 110013105 06 2018 00344 01.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó servicios a la encausada desde el 18 de abril de 2012 hasta el 20 de febrero de 2017, como a continuación se relaciona:

Empresa	Fecha de inicio	Fecha de finalización	Cargo	Salario
Temporales Uno A S.A.	18/05/2012	30 /01/2013	Comercial V	\$3.150.000
Temporales Uno A S.A.	01/02/2013	27/01/2014		\$3.150.000
Temporales Uno A S.A.	28/01/2014	30/11/2014		\$3.150.000
Optimizar Servicios Temporales S.A.	01/12/2014	30/09/2015	Comercial IV	\$4.000.000
EST Activos S.A.	01/10/2015	15/11/2015	Comercial IV	\$4.000.000
EST S&A Servicios y Asesorías S.A.S	16/11/2015	10/07/2016	Comercial 4 - Director	\$5.414.888. discriminado así: Básico \$4.000.000 Otros I \$551.759 Comisiones 863.129
EST S&A Servicios y Asesorías S.A.S	11/07/2016	20/02/2017	Director Comercial	\$5.877.909 Discriminado así: Básico \$4.000.000 Otros I \$709.343 Comisiones \$1.168.566

Expuso que en ejecución de sus funciones coordinó la captación y colocación de los productos contenidos en el portafolio de servicios de la entidad. Cumplió órdenes impartidas por Martha Cecilia Gómez, Álvaro Echeverri, Emel Rojas, y Carolina Ramírez quienes ostentaron el cargo de Jefes de la División Comercial de la demandada. Finalmente, que el 10 de abril de 2018, reclamó al Fondo el reconocimiento de derechos y beneficios previstos en la convención colectiva vigente para los años 2012 -2013, pero recibió respuesta negativa (fl. 4 a 11).

El Fondo Nacional del Ahorro se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Manifestó que los hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas al

Fondo Nacional del Ahorro como empleador del demandante, buena fe, compensación y prescripción (fl. 63 a 74).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de febrero de 2021 condenó a la demanda a reconocer y pagar al demandante indemnización por despido injustificado en la suma de \$17.045.936; por indemnización moratoria la suma diaria de \$195.930,30, a partir del 20 de febrero de 2017, fecha en que vence el término previsto en la Ley 797 de 1949, hasta que se produzca el pago de la obligación. Impuso costas a la vencida.

Señaló que probada la prestación continua del servicio la demandada no logró demostrar que el accionante ejecutó funciones de forma autónoma e independiente, tampoco la causa por la cual terminó el contrato a término indefinido, por lo que debe pagar la indemnización correspondiente. Se abstuvo de reconocer prestaciones convencionales por considerar que no se demostró que el actor pertenezca al sindicato mayoritario y, finalmente, no se acreditó un actuar de buena fe del empleador.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las partes apelaron lo resuelto.

El demandante reclama condena por las prestaciones convencionales y reliquidaciones, a las que tiene derecho como trabajador oficial del Fondo Nacional del Ahorro. Señaló que la Corte ha indicado que la prueba de sindicato mayoritario no es solemne, en todo caso, aportó certificación suscrita por el Presidente y el Secretario del sindicato, en la que se informa el número de afiliados y se expresa que dicha organización

tiene la calidad de mayoritario. Asegura que la demandada tácitamente reconoce el carácter de mayoritario a Sindefonahorro, por el hecho de ser esta la agremiación con la que suscriben la convención pues, de lo contrario, no irradiaría sus efectos a todos los servidores de la entidad. Aduce que el Fondo tuvo la oportunidad de allegar pruebas que desvirtuaran el carácter mayoritario de la Asociación, pero ello no ocurrió. Insiste en la condena a la indemnización por despido sin justa causa.

La accionada suplica que se revoque la sentencia por considerar que no se configuran los elementos esenciales del contrato, pues si bien, existió la prestación continua del servicio, la retribución económica fue cancelada por las empresas de servicios temporales, con las cuales suscribió los diferentes contratos. Menciona que el demandante era trabajador en misión, y que el Fondo ejercía subordinación delegada en relación con el modo, tiempo y cantidad de trabajo. Señaló que la entidad siempre buscó posicionarse como único fondo de cesantías público. Argumentó que no actuó de mala fe, siempre lo hizo con apego a la ley. Finalmente, que al demandante, atendiendo a la naturaleza de la entidad, no le son aplicables los artículos 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

IV. CONSIDERACIONES

Existencia del contrato de trabajo

A la luz del artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, existe contrato de trabajo cuando concurren la actividad personal del trabajador; la dependencia del trabajador respecto del empleador, que le otorga a este la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento y, un salario como retribución del servicio. A su vez, el artículo 20 de la misma norma, dispone que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o

aprovecha, por lo que corresponde a este último derruir la presunción. Es decir, basta al trabajador demostrar la prestación del servicio para que se presuma la existencia de dicho vínculo laboral subordinado.

Una vez reunidos los tres elementos, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, tampoco por las condiciones particulares que le asigne el empleador, ni por las modalidades de la labor o por el tiempo que en su ejecución se invierta, ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador, ni de la naturaleza de la remuneración, sea en dinero o en especie, o el sistema de pago ni de cualquier otra circunstancia, en tanto así lo dispone el artículo 3º del referido precepto legal.

En otro giro, el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 define las empresas de servicios temporales como aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa, la que tiene con respecto de estas el carácter de empleador

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios en sentencia (CSJ SL4330-2020). En sentencia CSJ SL3520-2018 puntualizó:

[...] cabe recordar que conforme al artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales (EST) *«son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador»*.

Son pues empresas cuyo objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución. De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Según el artículo 77 *ibidem*, el servicio a cargo de las EST solo puede ser prestado para: (1) la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6.º del Código Sustantivo del Trabajo; (2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y (3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por un periodo igual.

Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudirse a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.

En torno al punto, la doctrina más extendida ha estipulado que «si bien [las empresas de servicios temporales] se ubican dentro de los mecanismos de flexibilidad organizativa, no pueden considerarse estrictamente como una manifestación de la descentralización porque en principio no pueden cubrir necesidades permanentes de la empresa, no pueden sustituir personal permanente. La empresa usuaria o cliente no descentraliza actividades, sino que, al contrario, contrata con una empresa de trabajo temporal el suministro de personal temporal para actividades excepcionales o para un incremento excepcional de su actividad ordinaria¹».

Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

1 ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia, *Descentralización, Tercerización y Subcontratación*. Lima: OIT, Proyecto FSAL, 2009, p. 29.

El artículo 1 del Decreto 2025 de 2011, define las actividades misionales como: *“...aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa”*.

Ahora, el artículo 2 de la Ley 432 de 1998, consagra como objeto del Fondo Nacional del Ahorro, entre otros, el trámite eficiente de las cesantías, y en el artículo 3 contempla dentro de sus funciones:

ARTÍCULO 3º.- Funciones. Adicionado parcialmente (literales k) y l) por el Artículo 226 de la Ley 1753 de 2015. El Fondo Nacional de Ahorro tendrá como funciones:

a. Recaudar las cesantías de los afiliados de acuerdo con las disposiciones vigentes;

(...)

d. Adelantar con criterio de justicia social e imparcialidad en la adjudicación, utilizando los recursos disponibles, programas de crédito hipotecario y educativo para contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados para lo cual podrá celebrar convenios con las cajas de Compensación Familiar y entidades de la economía solidaria, y con entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales. Para el cumplimiento de su objeto y funciones, el Fondo Nacional de Ahorro no adelantará directamente ni contratará la construcción de vivienda;

(...)

h. Promover el ahorro nacional y encauzarlo hacia la financiación de proyectos de especial importancia para el desarrollo del objeto del Fondo;

Está demostrado en el asunto bajo estudio que Nivaldo Enrique Herrera Berdugo prestó servicios al Fondo Nacional del Ahorro FNA a través de empresas de servicios temporales EST, que no fueron vinculadas al proceso, por más de 4 años, del 18 de abril de 2012 al 20 de febrero de 2017 y con las cuales suscribió 7 contratos sucesivos por duración de obra o labor así:

Radicación n.º 110013105 06 2018 00344 01.

Empresa Temporales	Servicios	Fecha de inicio	Fecha de finalización	Cargo	Salario
Temporales Uno A S.A.		18/05/2012	30 /01/2013	Comercial V	\$3.150.000
Temporales Uno A S.A.		01/02/2013	27/01/2014		\$3.150.000
Temporales Uno A S.A.		28/01/2014	30/11/2014		\$3.150.000
Optimizar Temporales S.A.	Servicios	01/12/2014	30/09/2015	Comercial IV	\$4.000.000
EST Activos S.A.		01/10/2015	15/11/2015	Comercial IV	\$4.000.000
EST S&A Servicios y Asesorías S.A.S		16/11/2015	10/07/2016	Comercial 4 - Director	\$5.414.888. discriminado así: Básico \$4.000.000 Otros I \$551.759 Comisiones 863.129
EST S&A Servicios y Asesorías S.A.S		11/07/2016	20/02/2017	Director Comercial	\$5.877.909 Discriminado así: Básico \$4.000.000 Otros I \$709.343 Comisiones \$1.168.566

El accionante prestó servicio personal como comercial IV y V y como Director Comercial al servicio del Fondo Nacional del Ahorro, en la ejecución permanente e ininterrumpida de funciones relacionadas con la colocación de cesantías, ahorros voluntario y créditos en el punto de atención y a través de visitas, según indicó el testigo Octavio Jiménez Sosa, quien fue su compañero de trabajo en la ciudad de Barranquilla. Destacó que debían cumplir metas y horario, ambos controlados desde Bogotá; que recibieron órdenes y capacitaciones por video conferencia y personalmente de parte de Emel Rojas, Martha Cecilia Gómez, Carolina Ramírez y Álvaro Echeverry, quienes eran jefes de la División Comercial, vinculados directamente a la demandada. En época de recaudo o retiro de cesantías no se contrataba más personal, pero su horario laboral se ampliaba, debían salir a las 9:00 o 10:00 p.m. Refirió que el salario les era cancelado por la empresa de servicios temporales, mediante consignación a la cuenta de ahorro. Los elementos de cómputo, biométricos y papelería para ejecutar sus funciones eran proporcionados por el Fondo Nacional del Ahorro, que enviaba una persona desde Bogotá, también les fue proporcionado carné que los distinguía como funcionarios de la entidad y era igual al de quienes estaban vinculados a la planta.

Al rendir declaración de parte, el demandante dijo que fue contratado por obra o labor en Bogotá, para desempeñarse como coordinador comercial, otras personas vinculadas directamente con la entidad adelantaban las mismas funciones. Luego firmó contratos sucesivos con diferentes temporales, pero siempre, sin interrupción, prestó servicios al Fondo.

La valoración de los medios probatorios señalados, a la luz de las normas relacionadas precedentemente, llevan a la Sala a concluir que la labor desarrollada por Herrera Berdugo, al servicio del Fondo Nacional del Ahorro, como comercial IV y V, era una actividad misional de la entidad, en tanto estaba relacionada con su objeto, relativa a la colocación de cesantías y créditos. Paralelamente, la suscripción sucesiva y prolongada de múltiples contratos de prestación de servicios, devela que la vinculación del demandante no obedecía a una circunstancia excepcional y transitoria, sino permanente en el desarrollo del objeto de la entidad (CSJ SL 15964-2016), con lo cual, además, fue superado ampliamente el término máximo de un año de servicios a través de empresas de servicios temporales.

Bajo ese panorama, dado que la actividad prestada por el actor hacía parte de la actividad misional de la entidad, debe darse aplicación al artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, el cual dispone que:

El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

Por tanto, es evidente que la demandada disfrazó el contrato de trabajo que lo ataba con el demandante, pues acudió a una forma de vinculación inadecuada, como el contrato de obra o labor a través de empresas de servicios temporales para servirse de un trabajo que hacía parte de su actividad misional, por lo que debía contratarlo directamente.

En consecuencia, tal como concluyó el *a quo*, entre las partes sí existió un verdadero contrato de trabajo desde el 18 de abril de 2012 hasta el 20 de febrero de 2017, conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formas regulado desde la Ley 6 de 1945 y su Decreto Reglamentario 2127 del mismo año, así como en el artículo 53 de la Constitución Política.

Fuerza aclarar que aunque el Juzgado estableció la existencia de un contrato de trabajo, en la parte resolutive omitió pronunciarse al respecto. En consecuencia, a efecto de dar mayor claridad al asunto la Sala adicionará la sentencia en este punto, para declarar que entre Nivaldo Enrique Herrera Berdugo como trabajador oficial y el Fondo Nacional del ahorro como empleador existió una relación de carácter laboral desde el 18 de abril de 2012 hasta el 20 de febrero de 2017.

Derechos convencionales

El actor cumplió la carga de aportar la convención colectiva, con su respectiva nota de depósito, de acuerdo con el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo (fls. 12 a 40).

En lo que atañe a la calidad de beneficiario de la convención colectiva de trabajo 2012–2014, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL, 21 abr. 2009, rad. 35175, indicó que si se demuestra la verdadera condición de trabajador oficial en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas escritas, es dable concluir que la relación laboral se encuentra regida por la Convención Colectiva de Trabajo.

En proveído con radicación CSJ SL, 6 ago. 2013, rad. 41408 la Corporación de cierre, sobre el punto anotó:

Esta precisa temática que planeta la censura ha sido examinada por esta Sala de la Corte en número plural de oportunidades, en las que se ha

concluido que en aquellos eventos en los que el demandante adquiere la calidad de trabajador oficial desde que se inició el contrato de trabajo real, por efectos de la declaración judicial hecha en las instancias, esa relación se encuentra regida por la convención colectiva de trabajo y en tal virtud el trabajador goza de todos sus beneficios

Importa señalar que el carácter mayoritario del sindicato puede ser demostrado por cualquier medio, por cuanto la ley no consagró prueba solemne (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 36929, reiterada en CSJ SL1907-2014). El artículo 3 del texto extralegal allegado expresamente previó la extensión de los beneficios convencionales a quien, como en este caso, se declare que tuvo la calidad de trabajador oficial al disponer: *«La presente Convención Colectiva de Trabajo aplicará a los trabajadores oficiales que laboran al servicio del Fondo Nacional del Ahorro. Durante la vigencia de la Convención la Empresa no suscribirá pactos Colectivos de Trabajo»*.

Además, obra en el plenario comunicación suscrita por presidente y el Secretario de Sindefonahorro, de 29 de marzo de 2017 (fl.41) en la que indicaron: *«SINDEFONAHORRO durante los años 2007 al 2016; y a la fecha, agrupa más de la tercera parte de los trabajadores oficiales vinculados al FNA, siendo como sindicato de empresa, un sindicato mayoritario»*.

Claro que el actor es beneficiario de la convención colectiva, la Sala estima que no es procedente reconocer el subsidio de alimentación ni la prima técnica por las razones que pasan a exponerse.

Subsidio de alimentación

Dispone el artículo 24 de la convención colectiva que a este beneficio tendrán derecho los trabajadores que al 31 de diciembre de 2001 devengaran como salario \$730.702, empero el demandante no probó esta suma a cuanto equivalía para los periodos en que prestó servicio, esto es de 2012 a 2017, por lo que no es posible verificar si la contraprestación

que percibió lo haría acreedor a este subsidio, razón por la que no es posible imponer condena.

Prima técnica

Dispone el literal C. del artículo 25 de la convención colectiva:

C. Prima Técnica, El Fondo Nacional del Ahorro ha venido reconociendo y pagando este emolumento a los funcionarios que reunieron los requisitos de Ley La Empresa Fondo Nacional del Ahorro continuará pagándola mensualmente, en los mismos porcentajes que lo ha hecho, a todos los trabajadores del FNA, que en la actualidad la poseen.

Como se ve, esta disposición no regula la forma en que opera su reconocimiento, causación, cuantía o la forma de liquidación, sino que se remite a la ley, por ello importa recordar que en ejercicio de las facultades conferidas, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 1661 de 1991, por medio del cual se modificó el régimen de prima técnica existente y se definió el campo de aplicación de dicho beneficio económico, concretando como criterios para su asignación en primer lugar, el de formación avanzada y experiencia calificada y en segundo lugar, el óptimo desempeño en el cargo determinado por la evaluación de desempeño. En aras del reconocimiento de dicho beneficio en cada Entidad de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, el Gobierno ordenó en el artículo 9º del referido Decreto adoptar las medidas pertinentes para aplicar el régimen de prima técnica para sus empleados de acuerdo con las necesidades específicas de cada Entidad u Organismo y su política de personal.

Mediante Acuerdo 2037 de 2014 se reglamentó la asignación de la prima técnica en el Fondo Nacional del Ahorro y se dispuso en el artículo 3 como requisitos para obtenerla: «*Título de estudios de formación avanzada y cinco años de experiencia altamente calificada*», estos que no fueron acreditados por el accionante y que conducen a absolver a la demandada de reconocer esta prestación.

Estima la Sala que el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de prima de servicio, prima extraordinaria, prima de vacaciones, estímulo de recreación, prima de navidad, bonificación por servicios prestados y bonificación especial de recreación, pues estas prestaciones extralegales, no tienen ningún condicionamiento especial para su causación, según dispone el artículo 25 de la convención colectiva, como puede leerse a continuación:

D Prima de Servicios. El Fondo Nacional del Ahorro ha venido pagando a todos sus trabajadores en la primera quincena de junio de cada año una Prima de Servicios que corresponde a quince (15) días de salario, por el periodo laborado del primero (01) de enero al treinta (30) de junio de cada año, equivalente a seis doceavas partes del salario, entendido por tal el integrado por los siguientes factores asignación básica mensual, incremento por antigüedad, gastos de representación, subsidio de alimentación hasta el 10 % de la asignación básica para los trabajadores oficiales de que trata el artículo 24 de la presente Convención, auxilio de transporte, 1/12 de la bonificación por servicios prestados, y todo aquello que la Ley determina. La Empresa Fondo Nacional del Ahorro continuará reconociendo y pagando esta Prima de Servicios a todos sus trabajadores, en caso de no haber laborado el periodo completo se reconocerá y pagará proporcionalmente.

E. Prima Extraordinaria El Fondo Nacional del Ahorro ha venido reconociendo una prima extraordinaria a todos sus trabajadores en el mes de diciembre de cada año, consistente en 15 días de salario, por el periodo laborado del primero (1) de julio al treinta (30) de diciembre de cada año, equivalente a seis doceavas de salario entendido por tal el integrado por los siguientes factores: asignación básica mensual, incremento por antigüedad, gastos de representación, subsidio de alimentación hasta el 10 % de la asignación básica para los trabajadores oficiales de que trata el artículo 24 de la presente Convención, auxilio de transporte, 1/12 de la bonificación por servicios prestados, y todo aquello que la Ley determina La Empresa Fondo Nacional del Ahorro seguirá reconociendo y pagando esta misma Prima Extraordinaria a todos sus trabajadores en las mismas condiciones En caso de no haber laborado el periodo completo se reconocerá y pagará proporcionalmente

F Prima de Vacaciones El Fondo Nacional del Ahorro de acuerdo a la Ley la ha venido reconociendo a todos sus trabajadores, una Prima de Vacaciones consistente en quince (15) días de salario, entendido por tal el integrado por los siguientes factores asignación básica mensual, incremento por antigüedad, prima técnica, gastos de representación, subsidio de alimentación hasta un 10 % de la asignación básica para los trabajadores oficiales de que trata el artículo 24 de la presente Convención, auxilio de

transporte, 1/12 de la bonificación por servicios prestados, 1/12 de la prima de servicios y de la extraordinaria, y todo aquello que la ley determina, por cada año de servicio, prima que se paga dentro los cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación de las vacaciones La Empresa Fondo Nacional del Ahorro segura reconociendo y pagando esta Prima de Vacaciones a los trabajadores que tengan derecho a la misma, igualmente habrá lugar a esta prima de vacaciones cuando se reconozcan las vacaciones en dinero

G. Estimulo de Recreación El Fondo Nacional del Ahorro ha venido reconociendo y pagando a sus trabajadores un estimulo de recreación consistente en diez (10) días de salario, a la fecha en que se le liquiden y paguen sus vacaciones , entendiendo por salario el integrado por los siguientes factores asignación básica mensual, incremento por antigüedad, gastos de representación, subsidio de alimentación hasta un 10 % de la asignación básica para los trabajadores oficiales de que trata el artículo 24 de la presente Convención , auxilio de transporte, 1/12 de la bonificación por servicios prestados, prima técnica, 1.12 de fa prima de servicios y de la extraordinaria , y todo aquello que la Ley determina. La Empresa Fondo Nacional del Ahorro seguirá reconociendo y pagando este estimulo de recreación por cada periodo causado de vacaciones, a los trabajadores que salgan a disfrutar de sus vacaciones o les sean reconocidas en dinero.

H. Prima de Navidad. De acuerdo a la Ley, el Fondo Nacional del Ahorro ha venido reconociendo y pagando a todos sus trabajadores , una prima de navidad equivalente a un mes de salario, entendido por tal el integrado por los siguientes factores asignación básica mensual, correspondiente al cargo desempeñado al 30 de noviembre de cada año , incremento por antigüedad, prima técnica, gastos de representación, subsidio de alimentación hasta un 10 % de la asignación básica para los trabajadores oficiales de que trata el artículo 24 de la presente Convención, auxilio de transporte, 1/12 de la bonificación por servicios prestados, una doceava de la prima de servicios y de la extraordinaria, 1/12 de la prima de vacaciones , y todo aquello que la ley determina, prima esta que se paga en la primera quincena del mes de diciembre. La Empresa Fondo Nacional del Ahorro seguirá reconociendo y pagando esta Prima de Navidad a sus trabajadores en caso de no haber laborado el periodo completo se reconocerá y pagará proporcionalmente.

Bonificación por Servicios Prestados: El Fondo Nacional del Ahorro ha venido reconociendo y pagando a sus trabajadores, una Bonificación por Servicios Prestados, equivalente al 50 % o al 35 % del valor resultante de la suma de la asignación básica más los incrementos por antigüedad y los gastos de representación que correspondan al funcionario en la fecha en que cause el derecho a percibirla, dependiendo de los niveles establecidos en el decreto de incremento salarial para empleados públicos siempre y cuando el trabajador cumpla un año de labores en la entidad.

J. Bonificación especial de recreación: El Fondo Nacional del Ahorro pagará una Bonificación especial de recreación en cuantía en cuantía de tres (3) días de la asignación básica a todos los trabajadores que

adquieren el derecho de vacaciones La Empresa Fondo Nacional del Ahorro seguirá reconociendo y pagando esta Bonificación Especial de Recreación , a todos los trabajadores dentro de los cinco (5) das hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del disfrute de vacaciones Igualmente habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se reconozcan en dinero, básico.

PARAGRAFO Para los reconocimientos y pagos previstos en este artículo, en adelante se entenderá por asignación básica mensual el sueldo mensual

Para liquidar cada una de las prestaciones en la forma dispuesta en la norma convencional, la Sala tomó en consideración los salarios certificados por las empresas de servicios temporales de folios 42 a 46, pues el demandante no demostró que la entidad tuviera prevista una remuneración distinta para los cargos que ejerció.

Fecha de inicio	Fecha de finalización	Cargo	Salario
10/04/2015	30/09/2015	Comercial IV	\$4.000.000
01/10/2015	15/11/2015	Comercial IV	\$4.000.000
16/11/2015	10/07/2016	Comercial 4 - Director	\$5.414.888. discriminado así: Básico \$4.000.000 Otros I \$551.759 Comisiones 863.129
11/07/2016	20/02/2017	Director Comercial	\$5.877.909 Discriminado así: Básico \$4.000.000 Otros I \$709.343 Comisiones \$1.168.566

Así las cosas, se impondrá a la demandada la obligación de reconocer y pagar al actor:

Tabla Liquidación Crédito	
Bonificación por servicios prestados	\$ 3.265.665
Prima de servicios	\$ 4.529.737
Prima extraordinaria	\$ 5.031.347
Prima de vacaciones	\$ 5.122.715
Estimulo de recreacion	\$ 3.415.143
Prima de navidad	\$ 11.135.061
Bonificacion especial de recreacion	\$ 933.047

Prescripción

Es verdad probada que el contrato de trabajo finalizó el 20 de febrero de 2017, el demandante reclamó directamente a la entidad el 10 de abril de 2018 (fl.53 a 55), e interpuso la presente demanda el 5 de junio de 2018 (fl.1), es decir, dentro del término trienal previsto en las normas sustantivas y procesales del trabajo y la seguridad social. En consecuencia, el fenómeno extintivo de la prescripción afectó los derechos causados con anterioridad al 10 de abril de 2015.

Aunque la parte actora pide que se ordene a la demandada pagar indemnización por despido injustificado, no expone argumento alguno que indique que el análisis del Juzgado está equivocado, razón suficiente para que la Sala se releve de estudiar este punto.

Finalmente, atendiendo a la calidad de trabajador oficial del promotor del juicio, la Jueza ordenó a la demandada reconocer indemnización por despido injustificado con base en los artículos 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945, no con base en el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo. También ordenó pagar sanción moratoria al amparo de lo dispuesto en el artículo 1 Decreto 797 de 1949, y no se remitió al artículo 65 de la norma sustantiva de trabajo, por lo que no incurrió en equivocación alguna. Como quiera que la parte demandada no expuso razones para revocar estas condenas la Sala se releva de tal estudio.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de febrero de 2021, para declarar que entre Nivaldo Enrique Herrera Berdugo como trabajador oficial y el Fondo Nacional del ahorro como empleador existió una relación de carácter laboral desde el 18 de abril de 2012 hasta el 20 de febrero de 2017

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia para, en su lugar, condenar al Fondo Nacional del Ahorro a reconocer y pagar al demandante los siguientes conceptos y sumas de dinero:

Bonificación por servicios prestados	\$ 3.265.665
Prima de servicios	\$ 4.529.737
Prima extraordinaria	\$ 5.031.347
Prima de vacaciones	\$ 5.122.715
Estimulo de recreación	\$ 3.415.143
Prima de navidad	\$ 11.135.061
Bonificación especial de recreación	\$ 933.047

Radicación n.º 110013105 06 2018 00344 01.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción respecto de las acreencias causadas con anterioridad al 10 de abril de 2015.

CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

No se causan costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

SALVO VOTO PARCIAL



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

salvamento de voto parcial



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 08 2019 00637 01
DEMANDANTE: NANCY CHEMAS GONZÁLEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de agosto de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, en su momento, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantar las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de “*congruencia interna*” que, según la Sala de Casación Laboral, “*(...) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive*” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare nulo o ineficaz el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A., realizada el 5 de junio de 1998. En consecuencia, se ordene a esta trasladar la totalidad de los aportes, bonos pensionales y

rendimientos de la cuenta individual. A Colpensiones a aceptar el traslado recibir los aportes, actualizar la historia laboral y reconocer la pensión de vejez, conforme a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, junto con los intereses moratorios e indexación correspondiente. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 27 de abril de 1982; se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir el 5 de junio de 1998, dado que a su lugar de trabajo llegaron asesores del fondo, quienes manifestaron que sus aportes estaban en riesgo, pues el ISS sería liquidado; que en ese fondo privado podría acceder a la pensión anticipadamente y con un mejor monto, disponer, si a bien lo tenía, del dinero acumulado, y que a su fallecimiento sus herederos podrían reclamar el saldo de la cuenta individual, pero no le explicaron cómo esas circunstancias se configurarían. Adujo que en ese momento le entregaron proyección pensional según la cual la mesada en el ISS sería inferior, pero no le explicaron las características del RAIS, sus ventajas y desventajas. El fondo privado no le informó que podía retornar al régimen de prima media antes de cumplir 52 años de edad (fl. 2 a 14).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Manifestó que no le consta ninguno de los hechos. Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación y las demás declarables oficiosamente (fl. 76 a 83 y 160 a 162).

La AFP Porvenir S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó la fecha de traslado y la afiliación a la AFP. Manifestó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente (fl. 108 a 147).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de agosto de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), materializado el 5 de junio de 1998, a través Porvenir. En consecuencia, condenó a la AFP a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, debidamente indexados, y sumas adicionales con los respectivos intereses, junto con los rendimientos que se hubieren causado. Condenó a Colpensiones a recibir todos los valores, actualizar la historia laboral y una vez se materialice el traslado y se acredite el retiro al sistema, proceder de manera inmediata a estudiar y, de ser el caso, reconocer y pagar la pensión de vejez de conformidad con la Ley 797 de 2003. Se abstuvo de imponer las costas (fl.180).

Como sustento de su decisión, señaló que Porvenir no aportó elementos probatorios con los cuales se pueda concluir que cumplió con el deber de información al afiliar a la actora. Preciso que la suscripción voluntaria del formulario no es demostrativa de tal situación, razón por la cual procede declarar la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia por considerarla violatoria de los principios de confianza legítima, indivisibilidad de las normas y sostenibilidad financiera. Argumentó que no es posible exigir a las AFP acreditar el deber de información con requisitos que fueron introducidos en el ordenamiento jurídico con posterioridad al traslado. Pidió ser absuelta de trasladar gastos de administración pues estos rubros no hacen parte de las restituciones mutuas, tampoco los rendimientos financieros o frutos, pues en el régimen de prima media no se producen, además, dijo, son incompatibles con la indexación ordenada. Sobre el

particular, indicó que los montos cobrados por administración no integran el capital de pensión y por tanto son objeto de prescripción.

Colpensiones solicitó revocar la decisión, porque de conformidad con la declaración de parte rendida por el demandante es posible verificar que se le brindó información a través de una asesoría completa según exigía la ley para ese momento. Además, con el testimonio practicado se prueba que realizó una proyección pensional.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual efectuado por la actora; de sí, si debe mantenerse la orden de trasladar gastos de administración y los rendimientos financieros por ser incompatibles con la indexación.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información

necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas de folios 86, la accionante se afilió al Instituto de Seguro Social el 27 de abril de 1982 y migró al RAIS, administrado por Porvenir S.A. el 5 de junio de 1998 (fl 26 y 63).

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante señaló que el representante del fondo le informó que el Instituto de Seguro Social sería liquidado y esto pondría en riesgo los aportes realizados hasta ese

momento, por ello le convenía trasladarse porque obtendría una mesada superior, sus hijos podrían heredarla aun siendo mayores de 25 años, razones que la llevaron a suscribir libremente el formulario de afiliación.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021). Tampoco lo es haberle realizado en ese momento proyección pensional, pues esta no arrojó un resultado que se acompase con la mesada que actualmente se le ofrece y que resulta inferior en el RAIS.

«Se reitera que el estudio de la acción de inejecución se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la inejecución en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.» (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la inejecución del acto jurídico de traslado.

Por tanto, la AFP deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). En consecuencia, la sentencia será modificada en esta parte.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de agosto de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado

en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos, los bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar, así como los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Salvamento de voto



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 010 2019 00471 01
DEMANDANTE: ELIZABETH DUQUE MORENO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de agosto de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a

sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de “*congruencia interna*” que, según la Sala de Casación Laboral “(...) *exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive*” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la «*nulidad e ineficacia*» de la afiliación del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). En consecuencia, se condene a Horizonte hoy Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido a título de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos causados. A la última a recibir los aportes. Así mismo, se ordene a las demandadas reconocer los derechos a que hubiere lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 9 de enero de 1964, y empezó a cotizar al Instituto de Seguros Sociales en junio de 1985; se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A., el 8 de agosto de 1995 y, cambió en 2002 a Porvenir S.A. Adujo que el asesor comercial del fondo privado le aseguró que obtendría una mesada superior, pero no le informó sobre las características de cada régimen, las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado. Finalmente, que las demandadas le negaron la solicitud de retorno (fl. 16 a 31).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora, la fecha de afiliación a RPM y el traslado de régimen. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló la excepción previa de falta de competencia por falta de reclamación administrativa, y las de mérito de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la demandante al trasladarse ejerció el derecho de libre escogencia de régimen pensional, por tanto debe demostrar la configuración de algún vicio del consentimiento o la falta al deber de información, pues su retorno no es posible como quiera que está incurso en una prohibición legal (fl. 51 a 57).

Porvenir S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. Dijo no ser ciertos o no constarle los hechos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y las demás declarables de oficio. Expuso que la afiliación a RAIS se adelantó libre de presiones o engaños y quedó consignado en el formulario de vinculación que era consciente de las implicaciones de su decisión, además ratificó su voluntad de permanencia con el traslado entre AFP y estas garantizaron el derecho de retracto (fl. 91 a 107).

La AFP Protección S.A. rechazó las aspiraciones del escrito inaugural. Negó los hechos o dijo que no le constaban. Propuso las excepciones de validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y las declarables de oficio. Sostuvo que la afiliación fue libre y espontánea y no se configura causal de ineficacia, pues el error de derecho no vicia el consentimiento y en todo caso la acción se encuentra prescrita (fl. 113 a 121).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de agosto de 2021 (fls. 135 a 137), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora Elizabeth Duque Moreno a la Sociedad Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., realizada mediante la suscripción de la afiliación realizada el 8 de agosto de 1995 y por ende se declara ineficaz el traslado entre fondos de pensiones realizado el 10 de octubre de 2002 a la Administradora de Fondos de Pensiones Horizonte hoy Porvenir S.A. En consecuencia, se declara ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), realizado el 8 de agosto de 1995. Se ordena su regreso automático sin solución de continuidad a la afiliación del régimen de prima media hoy administrado por Colpensiones conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Colpensiones a que debe recibir y reestablecer la afiliación de la demandante señora Elizabeth Duque Moreno al régimen de prima media con prestación definida (RPM), sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la presente providencia.

TERCERO: CONDENAR a Administradora de Pensiones y Cesantías S.A. a hacer la devolución, entrega a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de todos los valores que hubiere recibido en la cuenta individual de la demandante, con motivo de la afiliación de la señora Elizabeth Duque Moreno, como son las cotizaciones, frutos, intereses y rendimientos como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, y también realizando la correspondiente devolución de las sumas correspondientes a los descuentos gastos y cuotas de administración debidamente indexado, con la correspondiente información documental para que Colpensiones pueda entrar a hacer la revisión de que la devolución se está haciendo en los términos indicados en esta sentencia, para eso se le concede el término de 15 días hábiles a partir de la ejecutoria de la presente providencia y

CUARTO: Se condena a la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a hacer entrega o devolución a Colpensiones de las sumas descontadas a la demandante durante su afiliación a esta administradora de pensiones por concepto de gastos y cuotas de administración, debidamente indexadas, para ello también cuenta con 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, acompañando la documental correspondiente de los descuentos que se le realizaron a la demandante para que se establezca que se está haciendo la devolución debidamente indexada por parte de Colpensiones, de conformidad con lo ordenado en esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a Colpensiones a que una vez ingresen los dineros provenientes de la Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías Porvenir S.A y Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías Protección S.A. debe proceder a revisar que se haga la devolución en los términos indicados en esta sentencia. Así mismo, deberá realizar la imputación en la historia laboral de la demandante de las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad y de conformidad a la parte motiva de la providencia.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las accionadas de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Se CONDENA en costas de esta instancia a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a favor de la demandante la señora Elizabeth Duque Moreno. Deben ser tasadas por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de \$900.000.

OCTAVO: De no ser apelada esta providencia debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta de conformidad al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Concluyó que la AFP no demostró que brindó a la accionante información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada régimen pensional para que la demandante sopesara su decisión de trasladarse.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Protección S.A aspira a que se revoque la decisión, en cuanto le ordenó trasladar los gastos de administración, pues fueron descontadas por mandato legal, retribuyeron la buena gestión de la AFP que generó rendimientos a la cuenta individual, mantuvo cubierta a la accionante para los riesgos de invalidez y muerte, además porque estos recursos no constituyen el capital para financiar la pensión por lo que su reclamación está sujeta a la prescripción y porque se generarían un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

La AFP Porvenir S.A aduce que no se tomó en consideración que la demandante aceptó que recibió asesoría y su dicho revela que le fueron informadas las características del RAIS; que, además, suscribió voluntariamente el formulario de traslado. Expuso que no es dable ordenar la devolución de gastos y cuotas de administración, ni de los rendimientos e intereses, porque estos no se hubieran generado en el régimen de prima media, y ello ocasionaría un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados”*.

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019. La la

misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”*, la que no se configura con el solo diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes.

Igualmente, ha señalado el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en el fallo CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de

informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de cambio.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas de folios 134 (expediente administrativo), la actora se afilió al Instituto de Seguro Social el 13 de junio de 1985, migró al RAIS, administrado por Protección S.A. el 8 de agosto de 1995, con la suscripción de formulario de afiliación de folio 129 en el que se puede leer:

HAGO CONTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LO HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGID A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS

Posteriormente, se afilió a Horizonte el 1 de diciembre de 2002 y, a Porvenir S.A. a partir del 1 de enero de 2014, según consta en certificado emitido por Asofondos (fl. 108).

En interrogatorio de parte, la accionante explicó que firmó el formulario de afiliación por directriz del área de Recursos Humanos de la empresa en la que laboraba; su empleador diligenció el documento y ella se limitó a suscribirlo; que quienes se negaron a firmarlo tuvieron inconvenientes. Expuso que los traslados horizontales también fueron realizados por la empresa y que en ningún cambio recibió asesoría de parte de las AFP, tampoco recibió extractos. Aceptó que busca trasladarse para obtener una pensión digna.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró, en los

términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento del traslado, una información diáfana, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa reiterar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020) Criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Porvenir, administradora en la cual se encuentra la afiliada, deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021,

CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será adicionada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Protección S.A. de devolver las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia la obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades. En consecuencia, la sentencia será adicionada, también, en este punto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por la afiliada durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP.

Finalmente, la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de

cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de agosto de 2021, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, además de los conceptos indicados, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral cuarto en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones, además de los conceptos indicados, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

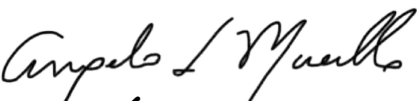
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaración de voto

010 2019 00471 01



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 12 2017 00601 01
DEMANDANTE: LUZ MERY POSSO SOLAR EN NOMBRE PROPIO Y EN REPRESENTACIÓN DE SU MENOR HIJO JESÚS DANIEL POSSO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., NORELLYS JULIO GUZMÁN EN NOMBRE PROPIO y EN REPRESENTACIÓN DE JASÚS DAVID y YONY YESID SALAS JULIO.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por Luz Mery Posso Solar, Norellys Julio Guzmán y la demandada Positiva Compañía de Seguros S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de diciembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

Luz Mery Posso Solar en nombre propio y en representación de su menor hijo Jesús Daniel Salas Poso convocó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a la Compañía de Seguros Positiva S.A para que les reconozcan y paguen, debidamente indexada, pensión de sobrevivientes de origen común, en calidad de compañera permanente e hijo del causante Yony Rony Salas Rodríguez y, las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que convivió de manera pública y permanente con su compañero Yony Rony Salas Rodríguez, desde el 17 de marzo de 2010 hasta el 25 de enero de 2016, data en que falleció a causa de un accidente de trabajo. Sostuvo que la cohabitación se desarrolló en dos inmuebles cuyas arrendadoras fueron las señoras Graciela Acosta Peña, Judith Hoyos Pinilla y María Carolina Góngora Ardila. Procrearon al menor Jesús Daniel Salas Posso, nacido el 30 de diciembre de 2015, quien no «*alcanzó*» a ser reconocido por su padre, por lo que inició proceso de filiación natural que se encuentra en trámite en el Juzgado Diecinueve de Familia de Bogotá.

Señaló que la ARL Positiva Compañía de Seguros reconoció pensión de sobrevivientes a Norellys Julio Guzmán en calidad de cónyuge, y a los menores Jesús David y Rony Yesid Salas Julio, y la AFP Porvenir S.A. les concedió la pensión de origen común. Expuso que la administradora de riesgos laborales le negó el reconocimiento y pago de la prestación de sobrevivientes, por existir conflicto de beneficiarias. Que instauró acción de tutela a fin de obtener la protección del mínimo vital, pero le fue negada.

Adujo que el causante dejó de convivir con su cónyuge desde 2005, porque se desplazó a la ciudad de Cartagena y luego a Venezuela, sin embargo apoyaba a los hijos del matrimonio, con el envío mensual de dinero. Refirió que al morir su compañero, una sobrina suya, Mary Luz Altamar se presentó en la residencia para sustraer todas sus pertenencias y aparentar que no era ese su domicilio, y que convivía con dicha pariente. Refirió que el sepelio se adelantó en el municipio de Sitio Nuevo, dado que en vida Salas Rodríguez expresó ese deseo. Explicó que no era beneficiaria en salud de su pareja y estaba afiliada como independiente, porque laboraba (fl. 1 a 7 y 163 a 165 reforma).

Positiva Compañía de Seguros S.A. se opuso a la prosperidad de las aspiraciones. Aceptó el deceso del causante, su origen, el reconocimiento de la pensión por riesgo laboral en favor de la cónyuge y los hijos del matrimonio, y la negativa de otorgar la prestación a la demandante.

Manifestó que no le constaban los hechos restantes. Propuso la excepción previa de falta de citación de otras personas que la ley dispone citar y las de mérito de enriquecimiento sin justa causa, prescripción, buena fe, compensación y las demás declarables oficiosamente (fl. 92 a 98 y 198 a 202 contestación reforma).

La AFP Porvenir S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió el accidente de trabajo sufrido por el causante, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de origen profesional a la cónyuge y sus hijos y la negativa dada a la demandante. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos. Formuló la excepción previa de indebida acumulación de pretensiones y las de fondo de inexistencia de la obligación pretendida a cargo de la AFP Porvenir, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por activa y buena fe (fl. 100 a 105, 115, 116 y 216 a 217).

Norellys Julio Guzmán se opuso a las súplicas. Admitió que su cónyuge sufrió un accidente de trabajo que le causó la muerte y que la ARL le reconoció a ella y a sus hijos pensión de sobrevivientes. Dijo que no eran ciertos los demás hechos. Propuso la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva y las de mérito que denominó inexistencia de la calidad de beneficiarios, existencia de beneficiarios con mejor derecho a la pensión de sobrevivientes y las demás declarables oficiosamente (fl. 126 a 137).

Adicionalmente, presentó demanda en calidad de interviniente *ad excludendum* en su nombre y en el de sus hijos Jesús David y Rony Yesid Salas Julio para que Positiva Compañía de Seguros les reconozca «*pensión de sobrevivientes de origen laboral*», en calidad de cónyuge e hijos del causante señor Rony Salas Rodríguez, y que Porvenir S.A. proceda a la devolución de saldos. Así mismo, para que las demandadas cancelen debidamente indexadas todas las sumas pendientes de pago y las costas del proceso.

Como fundamento de sus peticiones expuso que desde 1997, convivió con Yony Rony Salas Rodríguez, el 18 de julio de 1998, contrajeron matrimonio; procrearon dos hijos, Rony Yesid y Jesús David nacidos el 3 de noviembre de 1999 y el 12 de septiembre de 2006, en su orden. Adujo que la convivencia se mantuvo de forma pública e ininterrumpida hasta finales de 2012, época en que el causante se trasladó a trabajar a Bogotá, ciudad en la que residió en la casa de su sobrina, Mary Luz Altamar y su esposo. Adujo que pese a la distancia, mantuvieron contacto permanente, su esposo le enviaba dinero para la manutención suya y de sus hijos y viajaba en el mes de diciembre a visitarlos. Refirió que el 6 de enero de 2016, su consorte ingresó a laborar a la empresa Estructuras y Acabados Amórtegui EU como oficial de construcción, y el 25 de enero de esa anualidad falleció a raíz de un accidente de trabajo.

Expuso que la ARL Positiva S.A. le reconoció pensión de sobrevivientes, la que actualmente solo recibe el menor Jesús David Salas Julio, pues la cuota asignada a Rony Yesid se pagó hasta el 3 de noviembre de 2017, data en que alcanzó la mayoría de edad, y a ella, la última mesada le fue pagada en diciembre de 2017, porque el pago se suspendió hasta que la justicia defina los beneficiarios. Expuso que la AFP Porvenir negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de origen común y, en su lugar, otorgó devolución de saldos en las cuotas correspondientes a los hijos en la suma de \$494.707 y dejó en reserva el saldo para los beneficiarios que determine el juez (fl. 147 a 154, admisión demanda auto del 30 de agosto de 2018 fl. 197).

Al contestar la demanda de la interviniente, la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A. se opuso a la prosperidad de las peticiones. Aceptó el deceso del causante, el origen de la muerte, la dirección registrada en el reporte de accidente de trabajo, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y los pagos realizados. Manifestó que los hechos restantes no le constaban. En su defensa, formuló las excepciones de enriquecimiento sin justa causa, prescripción, buena fe, compensación y las demás declarables de oficio (fl. 203 a 208).

La AFP Porvenir S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la data de deceso del causante, el reconocimiento de la pensión de origen laboral, y la devolución de saldos parcial de la AFP. Dijo que no le constaban los demás hechos. Formuló las excepciones de imposibilidad legal de hacer el reconocimiento solicitado, cobro de lo no debido y buena fe (fl. 220 a 225).

Por auto del 4 de diciembre de 2018, se tuvo por no contestada la demanda de la interviniente *ad excludendum* por parte de Luz Mery Posso Solar (fl. 227).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 18 de diciembre de 2020, ordenó a Positiva Compañía de Seguros S.A. reconocer pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento en accidente de trabajo del señor Yony Rony Salas Rodríguez, a partir del 25 de enero de 2016, a Norellys Julio Guzmán en condición de cónyuge supérstite en un 35.5%; a Luz Mery Posso Solar en condición de compañera permanente supérstite en un 14.5%; a favor de sus hijos Jesús Daniel Salas Posso, Jesús David y Yony Yesid Salas Julio y hasta cuando cumplan 18 o 25 años de edad en un 16.66% para cada uno. Condenó a la ARL a pagar el retroactivo pensional desde el 25 de enero de 2016. Así mismo, condenó a la AFP Porvenir S.A. a reconocer, en las mismas proporciones, la devolución de saldo de la cuenta de ahorro individual. Declaró no probadas las excepciones y se abstuvo de imponer costas (fl. 281 y 282).

Como sustento de su decisión, luego de hacer referencia a la jurisprudencia, señaló que las demandantes demostraron haber convivido con el causante, Norellys Julio Guzmán, en calidad de cónyuge, desde 1998 hasta 2010, y Luz Mery Posso Solar como compañera permanente, desde 2010 hasta 2015, por lo que les asiste el derecho a percibir la prestación de sobrevivientes de origen laboral. También, encontró probada

la calidad de hijo del causante, del menor Jesús David Salas Posso conforme al registro civil de nacimiento y la prueba antropológica practicada. Coligió que para el caso, la pensión de sobrevivientes de origen común y de origen laboral son incompatibles.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, la demandante, la interviniente *ad excludendum* y Positiva Compañía de Seguros S.A. apelaron lo resuelto.

Luz Mery Posso Solar argumentó que debe ser revisado el porcentaje en que le fue reconocida la pensión en calidad de compañera, pues convivió con el causante 2.108 días, lo que le da derecho a percibir un 33.42% de la mesada y no el 29% como lo concluyó el Juzgado. Alegó que la pensión de origen profesional y la de origen común son compatibles, pues obedecen a riesgos diferentes, con fuentes de financiación distintas, de suerte que Porvenir S.A. debe ser condenada a reconocer la prestación de origen de común, dado que Yony Rony Salas Rodríguez cotizó 50 semanas en los 3 años anteriores a su deceso.

Norellys Julio Guzmán alegó que con el dicho de los testigos demostró que convivió con su esposo hasta el fallecimiento y que el distanciamiento en el 2011, obedeció a cuestiones laborales y no porque desearan separarse, pues el vínculo matrimonial continuó vigente, mantuvieron contacto permanente, su consorte los visitaba cada año y les colaboraba económicamente, a más que fue ella quien organizó las exequias y asistió al sepelio, por ello, precisó, aunque no habitaban bajo el mismo techo, los lazos de afecto y ayuda continuaron y en aplicación de la jurisprudencia debe considerarse la continuidad de la convivencia.

Expresó que Luz Mery Posso Solar no pudo convivir durante 5 años con el causante, porque debido «a las inundaciones», él viajó a Bogotá solo a mediados del año 2011, y llegó a la casa de una sobrina, no directamente a vivir con la demandante, además, al parecer sostuvo una

relación sentimental y convivió con Rosy Moreno, por lo que solicita modificar los porcentajes en que fue otorgada la prestación.

Positiva Compañía de Seguros S.A. expuso que debe ser modificada la fecha a partir de la cual se reconoce la prestación a los beneficiarios, como quiera otorgó inicialmente el derecho a la esposa e hijos matrimoniales y les pagó o ha venido cancelando la correspondiente mesada.

IV. CONSIDERACIONES

La Sala procede a resolver el recurso de apelación, a la luz de lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si las demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por la muerte del afiliado Guillermo Sanabria Parrales, en las calidades invocadas. En caso afirmativo, si los porcentajes dispuestos por el *a quo* corresponden al tiempo efectivamente convivido por la actora e interviniente.

Está demostrado y no es materia de discusión que: *i)* el afiliado Yony Rony Salas Rodríguez falleció el 25 de enero de 2016 (fl. 29); *ii)* según estudio pensional realizado por la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A. el deceso ocurrió en un accidente de trabajo (fl. 99 cd pruebas ARL), *iii)* la ARL reconoció pensión de sobrevivientes a Norellys Julio Guzmán en calidad de cónyuge supérstite y a los menores Jesús David y Rony Yesid Salas Julio (fl. 191 del CD de fl. 99 pruebas Positiva). *iv)* El pago de la prestación a la cónyuge fue suspendido *v)* El menor Jesús Daniel Posso nació el 30 de diciembre de 2015, y no fue reconocido por el causante (fl. 31).

Pensión de sobrevivientes ante el fallecimiento de un afiliado con vínculo matrimonial y unión marital de hecho.

La norma aplicable para efectos del reconocimiento pensional es la vigente a la fecha del deceso afiliado o pensionado. Así lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, en reiterados pronunciamientos (CSJ SL450-2018, CSJ SL10146-2017, CSJ SL1142-2020 y CSJ SL2337-2020, por citar algunos).

Salas Rodríguez falleció el 25 de enero de 2016 (fl.29), con ocasión de un accidente de trabajo (fl. 32), de suerte que la prestación debe ser estudiada de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, y que resulta aplicable para el evento de la muerte de un afiliado o pensionado por causas de origen profesional, por remisión expresa del artículo 49 del Decreto 1295 de 1994. Tal canon dispone que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la *compañera o compañero permanente* o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la *compañera o compañero permanente* supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.
- b) En forma temporal, el cónyuge o la *compañera permanente supérstite*, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años.

En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a). Si respecto de un pensionado hubiese un *compañero o compañera permanente*, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

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

últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. *La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;*

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia CSJ SL 1730-2020 ha adocinado que en aquellos eventos en que fallece un afiliado, para la concesión del derecho se debe probar la convivencia real y efectiva al momento del óbito, pues el requerimiento de convivencia mínima de cinco años, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.

En una interpretación armónica del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y el inciso 3.º del literal b) *ibídem* el Órgano de cierre también ha señalado que en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, los 5 años pueden ser acreditados «*en cualquier tiempo*» (CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019, CSJ SL4047-2019, CSJ SL4771-2020, CSJ SL3850-2020 y CSJ 2746-2020, SL359-2021).

En la sentencia CSJ SL359-2021 explicó que la ruptura de las relaciones afectivas con una persona con la que se convivió por virtud del matrimonio no es óbice para negar la pensión de sobreviviente de un afiliado o pensionado. Al respecto indicó:

Que la misma corresponde al verdadero alcance e intelección del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, porque aunado a lo referido anteriormente acerca de su finalidad, *“su contenido encuadra en las realidades o situaciones sociales que regula dicho precepto, esto es, no invisibiliza las diferentes circunstancias que generalmente rodean la dejación de la vida en comunidad entre esposos”*..

En la misma providencia, la Corte señaló que lo anterior obedece a que: (i) comúnmente, la separación de hecho ocurre por problemas estructurales en las relaciones matrimoniales, que a la larga generan el distanciamiento de los consortes; (ii) tales situaciones son imprevisibles por el legislador; (iii) y, por tanto, el rol del juez consiste en interpretar la norma conforme las particularidades de cada caso, es decir, darle el alcance que corresponda según cada situación que no pudo anticiparse en la ley. Conforme ello, anotó que incluso el artículo 176 del Código Civil, no establece dentro de las obligaciones a los cónyuges, las de mantener los

lazos afectivos o familiares hasta el momento del fallecimiento de uno de ellos.

En ese orden de ideas, la ruptura de las relaciones afectivas con una persona con la que se convivió por virtud del matrimonio no es óbice para acceder a la pensión de sobreviviente, más si se tiene en cuenta, que la norma acusada no dispone tal exigencia.

Así las cosas, a juicio de la Sala, el Tribunal restringió el alcance de la norma analizada al concluir que la demandante no acreditó que para el momento de la muerte del causante existía algún tipo de vínculo afectivo del cual se coligiera la permanencia de lazos familiares luego de la separación de hecho, en razón a que tal requisito no lo contempla la disposición en referencia.

Calidad de beneficiaria de Norellys Julio Guzmán como cónyuge supérstite.

Para acreditar la calidad de beneficiaria, Norellys Julio Guzmán aportó registro civil que da cuenta del matrimonio celebrado con el causante el 18 de julio de 1998, sin nota marginal o inscripción de divorcio o liquidación de la sociedad conyugal (f.l. 159); registros civiles en los que consta que Rony Yesid Salas Julio nació el 03 de noviembre de 1999 y Jesús David Salas Julio el 12 de septiembre de 2006, y son hijos de Salas Rodríguez.

A solicitud de la cónyuge supérstite fueron decretados los testimonios de Mary Luz Altamar, Ezequiel Enrique Martínez Aragón, Rafael Ramírez Ramírez, Neis Julio Guzmán y Aristides Ramírez. La primera, esposa del también deponente Ezequiel Enrique Martínez Aragón, y sobrina del causante, aseguró que conoció a Norellys Julio Guzmán en 1992, porque su tío se la presentó. Relató que la pareja convivió desde 1997, al año siguiente se casaron, procrearon dos hijos, y su cohabitación se extendió hasta el deceso.

Refirió que ante la precaria situación económica, Salas Rodríguez le pidió apoyo, ella le ayudó a obtener trabajo en Bogotá y le permitió vivir en su casa en 2011, cuando se trasladó, y luego en 2015 otro mes; luego él le informó que se iba a una «pieza». Aseguró que entre 2011 y 2015, su tío convivió con “Rossy Moreno”, lo que le consta porque compartió con la

pareja y se visitaban mutuamente. Dijo que le ocultó a la señora Julio Guzmán la existencia de esta relación, y que su pariente no se separó de su esposa, pues fue con el ánimo de sacar adelante a su familia que viajó a Bogotá, por eso les enviaba quincenalmente dinero y mercado, además, los visitaba todos los años en diciembre; destacó que a finales de 2015, tenía la intención de traerlos y estaba buscando colegio para los hijos.

Admitió que el causante convivió con Luz Mery, pero no sabe cuánto tiempo, porque la conoció después del deceso, cuando se acercó por petición de la familia a reclamarle las cosas materiales de su tío y en ese instante le pidió que le ayudara para registrar un hijo, pero en la notaría les informaron que no era posible, dado que el padre había fallecido. Refirió que realizó las diligencias para el traslado del cuerpo al municipio de origen a petición de los padres y esposa del causante.

Ezequiel Enrique Martínez Aragón aseguró que conoció al causante y a su esposa en Soplaviento – Bolívar; que la pareja se relacionó en 1993 y convivieron desde 1998 hasta la muerte. Indicó que Yony Salas era negociante de pescado, motivo por el que viajaba a Cartagena; en el año 2007 se trasladó a Venezuela y permaneció allí por espacio aproximado de 6 meses; a mediados de 2011, ante la mala situación se desplazó a Bogotá, circunstancias que le constan porque le permitió quedarse en su casa y le ayudó a buscar trabajo en esta ciudad. Aseguró que el fallecido no se divorció de su esposa; le consignaba dinero quincenalmente, le hacía remesas, la visitaba a finales de año y estaba adelantando trámites para traerla a Bogotá. Expuso que Salas Rodríguez convivió con “Rosy Moreno” hasta 2015, lo sabe porque los visitó con frecuencia en el barrio San Carlos de Bogotá. Indicó que no conoció a Luz Mery Posso, menos sabía que el causante tenía otro hijo, y solo se enteró que su esposa le pidió a esta persona las cosas del afiliado. Sostuvo que por petición Norellys el sepelio se realizó en el lugar de origen y fue Mary Luz Altamar quien realizó los trámites en la fiscalía y medicina legal.

Aristides Ramírez expuso que en Soplaviento – Bolívar conoció a Norellys Julio Guzmán desde que era adolescente y a Yony Salas en 1992;

sabe que se casaron en 1998 y convivieron hasta el 2011, cuando ante la difícil situación económica por la escasez de pescado, el causante viajó a Bogotá a trabajar y buscar el sustento, pero el matrimonio continuó, mantenían constante comunicación, él le enviaba dinero y la visitaba en la casa de la pareja en diciembre.

Por su parte, el testigo Neis Julio Guzmán, hermano de Norellys Julio Guzmán, dijo que la pareja se casó, pero no recuerda la fecha; expuso que convivieron durante 15 años. Indicó que el afiliado, por razones económicas, viajó a Bogotá, pues a raíz de la ola invernal de diciembre de 2010, perdieron todo, pero la relación de pareja se mantuvo, él estaba pendiente y le enviaba dinero y detalles a la familia, siempre los llamaba y visitaba cada dos meses y en vacaciones, no hablaron de separación o divorcio, por el contrario, su hermana le manifestó que se trasladaría a Bogotá a vivir con su esposo. Dijo que la esposa asistió al sepelio y el traslado lo adelantaron familiares en Bogotá. Expresó que no sabía que el causante hubiera tenido una pareja diferente, no obstante, después indicó que para la época del deceso el señor vivía con la señora “Luz Mery”, pero no sabe desde que época.

Rafael Ramírez Ramírez dijo que conoció a Norellys Julio cuando tenía 12 años y a Yony cuando se hicieron novios, luego convivieron a partir de 1997; en 1998 se casaron y estuvieron unidos hasta el 2011, porque debido a la mala situación económica que atravesaban, generada por una ola invernal, el causante se vio obligado a viajar a Bogotá a conseguir trabajo. Aseguró que la pareja mantenía constante contacto telefónico y trato afectuoso, el causante los visitaba en diciembre todos los años. Expresó que sabe y le consta la situación, porque siempre mantuvo una relación cercana con la familia y eran vecinos. Explicó que en 2007 el causante viajó a Venezuela, pero ignora durante cuánto tiempo permaneció allá, y luego en el 2011 se trasladó a Bogotá. Refirió que Norellys después del sepelio le comentó que su esposo tuvo otra pareja y que tenía un bebé.

Al absolver interrogatorio de parte, Norellys Julio Guzmán manifestó que la convivencia con el causante inició el 14 de abril de 1997, y el 18 de julio de 1998 se casaron y vivieron de manera ininterrumpida hasta diciembre de 2010 en Soplaviento, después se vieron obligados a residir en el municipio de San Aislado, pues se produjo una ola invernal, el canal del dique se inundó por completo y el municipio también, lo perdieron todo. Explicó que en el primer trimestre del 2011, al bajar la creciente, retornaron a Soplaviento a la casa de interés social de la que se beneficiaron en el Barrio Ciudadela 2000.

Narró que ante la difícil situación económica, el cónyuge se vio obligado a trasladarse a Bogotá, en donde una sobrina lo recibió en su casa y le consiguió trabajo, pero él los visitó en diciembre de 2012, 2013 y 2014, hasta el día 29 del mes, aproximadamente, porque entraba a trabajar en enero todos los años. Expuso que en 2015 no viajó porque ya tenían planes de que ella se trasladara a Bogotá, además, mantenían constante comunicación telefónica, trato amoroso y respetuoso, él les consignaba dinero quincenalmente y enviaba remesas. Refirió que el padre de su hijo menor es el causante, quien lo reconoció, aunque no pudo plasmar su firma en el documento, porque lo llamaron para que se desplazara de manera urgente a Cartagena, pero dejó la cédula al Registrador para la diligencia.

Dijo que la exequias se adelantaron en Sitio Nuevo porque ese fue el acuerdo con la familia. Aclaró que la AFP Porvenir le concedió devolución de saldos y Positiva Compañía de Seguros, pensión de sobrevivientes, previa gestión de un hermano y un abogado de su congregación, prestación que se le pagó hasta diciembre de 2017, pues en adelante, solo ha recibido el pago del porcentaje de su hijo menor, Jesús David, como quiera que Rony alcanzó la mayoría de edad. Aseveró que en el funeral se enteró, a través de Mary Luz, sobrina del causante, que había tenido una relación con una señora “Rossy”, con quien convivió aproximadamente por dos años y, también con la demandante a quien aseguró no conocer, pero supo que tenía un hijo.

Al analizar en conjunto los medios probatorios reseñados, la Sala encuentra que Norellys Julio Guzmán logró demostrar que tuvo la calidad de cónyuge supérstite de Yonny Rony Salas Rodríguez hasta la muerte, con quien convivió desde el 18 de julio de 1998, por lo menos hasta 2010, según se deduce de las versiones de los testigos.

Calidad de beneficiaria de Luz Mery Posso Solar como compañera permanente.

La demandante aportó declaración extra proceso en la que indica que convivió con su compañero Yonny Rony Salas Rodríguez desde el 17 de marzo de 2010 hasta el 25 de enero de 2016, día de la muerte, y que de dicha unión nació Jesús Daniel Salas Posso (fl. 15); declaración juramentada rendida por Judith Hoyos Pinilla y María Carolina Góngora Ardila en la que manifiestan que conocieron al afiliado por espacio de 6 años, por ello, saben y les consta que convivió de manera permanente e ininterrumpida con Posso Solar y que procrearon un hijo (fl. 16).

A instancia de Luz Mery Posso Solar se recibieron los testimonios de Graciela Acosta, Miguel Antonio Sarmiento Fuentes y Carolina Góngora Ardila. La primera, manifestó que compró una casa en 2009, y a mediados de 2010 tuvo como primera inquilina a la actora, a quien le arrendó una habitación para ella y su esposo; allí vivieron tres años, dijo. Refirió que la pareja fue cumplida con los pagos, los dos trabajaban, no sabe en qué, solo que salían en la mañana y regresaban en la noche; que otro arrendatario, Miguel Antonio Sarmiento, fue quien cobró el canon.

Contó que en 2013 la pareja se fue a un apartamento porque la habitación era pequeña y querían comprar sala y comedor; que no supo a dónde se mudaron, pero un día de 2014 o 2015, no recordó la fecha, vio a la demandante en la calle y estaba en embarazo. Indicó que la demandante se comunicó con ella para informarle sobre la muerte del causante y le contó que tenía que presentar unos papeles para la pensión.

Miguel Antonio Sarmiento Fuentes manifestó que conoció a Luz Mery Posso en los primeros meses de 2010, cuando llegó en compañía de su esposo a tomar una habitación en arriendo en la misma casa en la que él vivía; expuso que los veía compartiendo, brindándose apoyo y trato cariñoso. Dijo que estuvieron allí aproximadamente tres años, y luego se mudaron a un apartamento y allí los visitó en dos ocasiones. Anotó que Luz Mery trabajaba en casas de familia y su esposo en construcción, no mantenía con ellos una relación estrecha, pero residían en el mismo lugar, pudo darse cuenta del trato que se profesaban. Aseguró que pasado un tiempo, Luz Mery le contó sobre el fallecimiento de su esposo, pero no sabe la fecha exacta.

Carolina Góngora Ardila indicó que conoció a la pareja Salas Posso porque les arrendó un apartamento en el primer piso de su casa, donde habitaron desde diciembre de 2013, por ello sabe que el afiliado tenía un trato respetuoso y era muy responsable con su compañera, quien quedó en embarazo y él la atendía. Aseguró que el causante le dijo que se había separado de su esposa desde hacía 10 años. Dijo que nunca notó que Salas se ausentara para hacer viajes, no sabe que hubiera visitado a su esposa e hijos, tampoco si les ayudaba económicamente. Aseguró que veía al causante todos los días en la casa, en la que la testigo también vivía y siempre se saludaban. Mencionó que el día del deceso Yony Rony Salas salió a laborar, y sobre las 11:00 a.m. le avisaron a Luz Mery que había fallecido; que las exequias se realizaron en el pueblo natal por petición del causante, quien siempre manifestó ese deseo.

En el interrogatorio de parte, la demandante Luz Mery Posso Solar manifestó que conoció a su compañero Yony Rony Salas en el Barrio Marco Fidel – San Jorge, en octubre de 2009; iniciaron la convivencia en mayo de 2010, primero en un lugar, durante tres años, y luego en 2013 se mudaron a un apartamento en el mismo barrio que les arrendó la señora «Judith», en donde vivieron hasta el fallecimiento. Refirió que su compañero no alcanzó a reconocer a su hijo común porque el permiso se lo iban a dar para el martes y el lunes falleció. Justificó que en los documentos de la ARL apareciera una dirección diferente a la de residencia, en que el

causante no sabía diligenciar documentos y eran los amigos los que le ayudaban.

Explicó que no era beneficiaria de su compañero en salud, porque trabajaba en casa de familia y su empleador la tenía afiliada. Señaló que los trámites ante la fiscalía los realizó Mary Luz, sobrina de su compañero, dado que ella hacía poco había dado a luz a su bebe. Relató que no socializó con familiares de su esposo en Bogotá, porque ellos solo lo llamaban cuando tenía dinero para beber. Dijo que en la empresa le pidieron una copia de la cédula y le pagaron \$180.000; que no reclamó ante Positiva porque no sabía que tenía derechos; sabe que la ARL le pagó la pensión a la esposa porque estaban casados. Indicó que su compañero y la esposa no convivían desde hacía 11 años y no saber en qué fecha se trasladó a vivir en Bogotá. Aseguró que en el tiempo en que duró la relación el causante nunca viajó a visitar a la esposa y los hijos pero les enviaba \$150.000 cada 15 días.

Así las cosas conforme al acervo probatorio antes indicado estima la Sala que Luz Mery Posso Solar demostró que convivió con el causante hasta el momento de su deceso, por lo que ostenta la calidad de beneficiaria de la prestación reclamada.

De la determinación del porcentaje a cargo de cada beneficiaria.

Tanto Norellys Julio Guzmán, en calidad de cónyuge, como Luz Mery Posso Solar como compañera, probaron ser beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, de suerte que es posible conceder la prestación de forma proporcional, en atención al tiempo en que cada una de ellas convivió con Salas Rodríguez.

Del análisis conjunto de los medios probatorios allegados por cada una de las interesadas, se concluye que la cónyuge acredita que convivió con el causante desde el 18 de julio de 1998 cuando contrajo matrimonio con el causante hasta el 28 febrero de 2010, cuando este se trasladó a vivir a la ciudad de Bogotá, según el dicho de los testigos Graciela Acosta y

Miguel Antonio Sarmiento Fuentes. De otro lado, se tendrá que la convivencia de Salas Rodríguez y Luz Mery Posso Solar se extendió desde el 1 de marzo de 2010 hasta el 25 de enero de 2016, cuando se produjo el deceso del causante, por las razones que pasan a explicarse:

Aunque la cónyuge y los testigos que convocó insistieron en que la cohabitación de la pareja se extendió hasta los primeros meses de 2011, y que el cambio de domicilio de Salas Rodríguez obedeció a la falta de trabajo en su lugar de origen, debido a las inundaciones, en este punto, no hay coherencia en los dichos de los deponentes, unos aseguran que el traslado se dio en el 2010 y otros en 2011, incluso, en la contestación de la demanda, la señora Julio Guzmán expuso que el traslado de su esposo a Bogotá fue a finales de 2012 (fls. 126 a 137), misma época que refirió en la demanda que formuló, hechos sexto y séptimo (fl. 148).

Llama la atención que los declarantes parecen recitar un libreto al señalar que la pareja convivió hasta el deceso de Salas; que este enviaba dinero y ayudas, visitaba a la consorte los diciembres y le profesaba un trato cariñoso, empero omitieron explicar porqué conocieron estas circunstancias tan personales; no expresaron haber presenciado o participado en actividades familiares, aunque dijeron que la pareja se comunicaba y que el trato era «*maravilloso*». Por el contrario, se percibe espontaneidad en el relato sobre la forma en la que la pareja se conoció y contrajo nupcias, pues entregaron detalles que dieron soporte a su dicho.

En otro giro, Graciela Acosta y Miguel Antonio Sarmiento Fuentes, convocados por la compañera permanente, ofrecen credibilidad a la Sala, en tanto fueron contestes al señalar que les consta la cohabitación de la pareja desde los primeros meses de 2010, a la primera, porque les arrendó la habitación donde residían, y al restante, porque vivía en el mismo inmueble y era quien les cobraba el arriendo. Su dicho, al igual que el de Carolina Góngora Ardila, luce desprovisto de interés, espontáneo y aporta detalles íntimos de la convivencia de los señores Posso y Salas pues, al menos, dos de los testigos habitaron en la misma casa con la pareja; hablaron de sus actividades, trabajos, horarios de entrada y salida, y del

trato que se profesaban los compañeros. Góngora Ardila, incluso, ilustró sobre lo sucedido el día de la muerte de Yonny Ronny Salas y la reclamación que de las pertenencias hiciera la sobrina del afiliado, Mary Luz Altamar, quien en testimonio rendido reconoció tal situación, con lo cual no queda duda que la convivencia de los compañeros se extendió hasta el día en que se produjo el accidente de trabajo que ocasionó la muerte del causante.

No pasa por alto la Sala que Mary Luz Altamar y Ezequiel Enrique Martínez Aragón indicaron que el causante convivió con Rossy Moreno desde 2011 hasta 2015, no obstante, esta persona no fue convocada al proceso, en ninguna calidad, tampoco fueron aportados otros medios de convicción que acreditaran tal vínculo.

Así las cosas, Norrellys Julio Guzmán en calidad de cónyuge convivió con el causante por espacio de 6304 días o 17 años, 6 meses y 4 días, desde el 18 de julio de 1998 hasta el 28 de febrero de 2010, por lo que le corresponde un 33.15% de la pensión. A Luz Mery Posso Solar en calidad de compañera le será reconocida la prestación en un 16.85% como quiera que su convivencia se extendió desde el 1 de marzo de 2010 hasta el 25 de enero de 2016, esto es por 2.124 días o lo que es lo mismo 5 años, 10 meses y 24 días. Por lo expuesto, la sentencia será modificada, pues reconoció a la esposa la pensión en 35.5% y a la compañera a razón del 14.5%.

Calidad de beneficiario del menor Jesús Daniel Posso

Para abordar el asunto, conviene señalar que Yony Rony Salas Rodríguez falleció el 25 de enero de 2016 (fl. 29), la demandante Luz Mery Posso Solar aportó registro civil que da cuenta del nacimiento del menor Jesús Daniel Posso el 30 de diciembre de 2015 (fl. 31), con la aspiración de que sea reconocido como beneficiario de la pensión de sobreviviente en calidad de hijo del causante.

Sobre el particular, el artículo 7 de la Ley 75 de 1968 modificado por el artículo 1 de la Ley 721 de 2001 dispone que, en todos los procesos para establecer la paternidad o maternidad, el Juez de oficio ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%.

En el caso de marras, el Juzgado Diecinueve de Familia de Bogotá remitió en cd, copia del proceso de filiación n.º 2017 00472 instaurado por Luz Mery Posso Solar, en el que reposa «*INFORME PERICIAL – ESTUDIO GENÉTICO DE FILIACIÓN*» emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses el 17 de agosto de 2018 (fl 254 a 256 y 262), que arrojó como conclusiones:

1. YONY RONY SALAS RODRÍGUEZ (Fallecido) no se excluye como el padre biológico del (al) menor JESÚS DANIEL. Probabilidad de paternidad: 99.9999999%. Es 879835.670,070400 veces más probable que YONY RONY SALAS RODRÍGUEZ (Fallecido) sea el padre biológico del (la) menor JESUS DANIEL a que no lo sea.

De conformidad con la prueba técnica en mención, para la Sala, tal como lo concluyó el *a quo*, el menor Jesús Daniel Posso es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, pues ostenta desde su nacimiento la calidad de hijo del causante, y tiene derecho al reconocimiento de la prestación pretendida.

De acuerdo con el registro civil de folio 140, Jesús David Salas nació el 12 de septiembre de 2006 y es hijo del causante y de Norellys Julio Guzmán, por tanto, para la fecha de deceso de su padre contaba 9 años de edad, por lo que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, sin restricción, hasta el 12 de septiembre de 2024 cuando alcanzará los 18 años de edad y en adelante hasta que acredite su condición de estudiante, en los términos de la Ley 1574 de 2012.

Rony Yesid Salas Julio es hijo del causante y Norellys Julio Guzmán; nació el 3 de noviembre de 1999 (fl. 141), y alcanzó los 18 años de edad el

mismo día y mes de 2017, y a partir de esta data la ARL Positiva suspendió el pago de la pensión, según quedó consignado en la demanda presentada por su progenitora (fl. 149) y esta Colegiatura desconoce si con posterioridad acreditó la calidad de estudiante para percibir la prestación hasta llegar a los 25 años de edad.

Puestas así las cosas, los hijos del causante: Jesús Daniel Posso, Jesús David y Rony Yesid Salas Julio tienen derecho al reconocimiento de la prestación en un 16.66%, para cada uno, hasta que acrediten la mayoría de edad y, en adelante, hasta los 25 años, siempre que prueben la calidad de estudiantes. Una vez fenezca su derecho, acrecerán el porcentaje de sus hermanos, en el 50% de la pensión que les corresponde.

Liquidación de la prestación

Según reporte de pagos de folios 209 y 210, para la fecha del accidente de trabajo, el causante estaba afiliado a Positiva Compañía de Seguros, a través del empleador Estructuras y Acabados Amórtegui S.A.S., quien cotizó sobre un salario ligeramente superior al mínimo legal mensual vigente. En consecuencia, la prestación no puede ser reconocida en proporción inferior, y debe ser distribuida en los porcentajes señalados, como lo hizo el juzgado, previo descuento del aporte a salud.

Prescripción

El derecho se causó el 25 de enero de 2016, día en que murió Salas Rodríguez (fl. 29). Luz Mery Posso Solar reclamó el 6 de mayo de 2016 (fl. 10), respecto de Norellys Julio Guzmán no se tiene certeza de la fecha en que solicitó la prestación, pero es un hecho probado, y no discutido que la ARL le pagó la prestación hasta diciembre de 2017. Ahora, la demanda fue interpuesta el 27 de septiembre de 2017 (fl.59), esto es, dentro del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y el 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. En consecuencia, el fenómeno extintivo no afecta el derecho de los beneficiarios, tal como acertadamente concluyó el juzgado.

Retroactivo pensional

Se reitera que el derecho se causó el 25 de enero de 2016, empero Norellys Julio Guzmán admitió que Positiva Compañía de Seguros le reconoció a ella y a sus hijos pensión de sobrevivientes, y que el pago le fue suspendido a su hijo Rony Yesid Salas Julio, cuando cumplió la mayoría de edad y a ella desde diciembre de 2017.

Como en virtud de este proceso surgen nuevos beneficiarios Luz Mery Posso Solar y su hijo Jesús Daniel Posso, la ARL está facultada legalmente, para reconocer el retroactivo en aplicación del artículo 5 de la Ley 1204 de 2008, para evitar un pago doble o sin causa. Al respecto, señala el citado precepto que *“En caso de que los beneficiarios iniciales tuvieran que hacer compensaciones a los nuevos por razón de las sumas pagadas, así se ordenará en el acto jurídico y lo ejecutará la entidad pagadora”*. Además, dispone que *“Las compensaciones se harán descontando el valor correspondiente de las futuras mesadas”*.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL226-2021, adoctrinó sobre el particular:

Esta norma opera de pleno derecho, y no es necesario que el operador judicial acuda a ella en el instante de resolver una controversia entre beneficiarios de la prestación pensional, para que la entidad se encuentre habilitada a recuperar aquellas sumas de dinero que perdieron su causa, y en aquellos casos en que no es posible esa compensación, pueda ejercer la acción judicial pertinente ante el enriquecimiento sin causa de aquellas personas que perdieron la calidad de beneficiarios y recibieron unas mesadas sin respaldo normativo alguno.

De manera que existe un mecanismo para evitar una doble erogación a cargo del Estado cuando se presentan nuevos beneficiarios, como es la compensación, que significa, como se ha venido explicando, que los beneficiarios iniciales deben ir devolviendo los dineros percibidos en el pasado, hasta lograr que se ajusten los porcentajes definitivos desde el momento en que se causó el derecho pensional, lo cual aplica no solo por decisión propia de la administración sino incluso cuando el asunto es resuelto definitivamente por la jurisdicción.

Obligación de la AFP Porvenir de reconocer pensión por riesgo común.

Ha decantado la Sala de Casación Laboral que a partir de la estructuración por parte del legislador del sistema de seguridad social, este es integral, esto es, un único conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos; que, a través de la interacción coordinada de sus subsistemas de salud, pensiones y riesgos profesionales, busca la cobertura de los servicios y prestaciones, de acuerdo con la contingencia que pueda recaer sobre sus afiliados, de manera que se complementa entre sí para concretar la protección de las personas que lo requieren. En ese entendido, el legislador, en aras del principio de eficiencia, contempló que, en el sistema integral de seguridad social, una persona por un mismo evento se beneficie de una sola prestación, o de prestaciones diferenciales entre los subsistemas, no que se reconozcan de manera simultánea ante una misma contingencia o evento, menos si cumplen la igual función o finalidad (CSJ SL 207-2022 y CSJ SL 5092 de 2020).

Sobre el particular, dispone el artículo 15 de la Ley 776 de 2002:

Artículo 15 DEVOLUCIÓN DE SALDOS E INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA. Cuando un afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, además de la pensión de invalidez o de sobrevivientes que deberá, reconocerse de conformidad con la presente ley, se entregará al afiliado o a los beneficiarios:

- a) Si se encuentra afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la totalidad del saldo de su cuenta individual de ahorro pensional;
- b) Si se encuentra afiliado el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida la indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Los demandantes no tienen derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de origen común por parte de la AFP Porvenir S.A., como quiera que el causante falleció a causa de un accidente de trabajo y, en este evento, la pensión de sobrevivientes está a cargo de la administradora de riesgos laborales y corresponde a la administradora de pensiones

Porvenir S.A., a la que se encontraba afiliado (fl. 166), pagar a los beneficiarios la devolución de saldos en los mismos porcentajes en que se reconoce la pensión de sobrevivientes, tal como definió el juzgado.

Bajo estos presupuestos, la sentencia de primera instancia debe ser modificada en la forma anunciada.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 18 de diciembre de 2020, en el sentido de condenar a Positiva Compañía de Seguros a reconocer la pensión de sobrevivientes de origen laboral a Norrellys Julio Guzmán en calidad de cónyuge en un 33.15% y en un 16.85% a Luz Mery Posso Solar en calidad de compañera.

CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la apelación, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 012-2017-00601-01



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 12 2019 00595 01.
DEMANDANTE: FRANCISCO HERNÁNDEZ LOZANO.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

Conforme al memorial de folio 55, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes identificada con Cedula de ciudadanía n°. 37.627.008 y T.P. n°. 221.228 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. María Camila Bedoya García identificada con cédula de ciudadanía n°. 1.037.639.320 y T.P. n°. 288.820 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 0120 de 1° de febrero de 2021 (fls.56 a 74).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de enero de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar debidamente indexado el incremento del 14% por persona a cargo desde el 29 de enero de 2010, fecha en que le fue reconocida la pensión de invalidez, junto con los intereses moratorios, los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 10 de abril de 1952. Mediante Resolución n.º 122814 del 13 de octubre de 2011, la demandada le reconoció pensión de invalidez. Adujo que es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. Refirió que convive con Anatolia Guzmán Cleves desde hace 20 años, quien es su beneficiaria en el sistema de salud y depende económicamente de él, pues no labora ni percibe pensión alguna. Finalmente, señala que reclamó administrativamente los incrementos, los que fueron negados (fls.1 a 6).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del actor, que reconoció pensión de invalidez, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no le constan los restantes hechos. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni de indemnización moratoria, buena fe, y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, manifestó que los incrementos reclamados no integran la pensión de vejez, por tanto están sometidos a los efectos de la prescripción extintiva (fls. 20 a 23).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de enero de 2021, absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda (fl. 55).

En lo fundamental señaló que, la pensión que disfruta el accionante fue reconocida al amparo de norma diferente a la que contempla el pago del derecho reclamado.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia

totalmente adversa a las pretensiones del demandante es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

El Acuerdo 049 de 1990 en su artículo 21 dispone:

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

a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y,

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

Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder del cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima legal.

Es verdad probada que mediante Resolución n.º 122814 del 13 de octubre de 2011, la demandada reconoció al actor pensión de invalidez a partir del 29 de enero de 2010, en aplicación de los artículos 33 y 39 de la Ley 100 de 1993, (fl. 11). En estas condiciones, no es posible la concesión de los incrementos solicitados en tanto la pensión del actor no fue reconocida al amparo del Acuerdo 049 de 1990, que es precisamente uno de los presupuestos esenciales para que el derecho se cause.

Así las cosas como quiera que el Estatuto de Seguridad Social no prevé el beneficio reclamado, el demandante no tiene derecho a su reconocimiento, tal como acertadamente concluyó el Juez de conocimiento.

Sin costas en el grado de consulta.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de enero de 2021.

SEGUNDO: No se causan costas en la consulta

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
ACLARO VOTO


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 012 2019 00712 01
DEMANDANTE: OLGA LUCÍA OSPINA RODRÍGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de agosto de 2021.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229

Constitución Política), por carecer de “*congruencia interna*” que, según la Sala de Casación Laboral “(...) *exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive*” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «*nulidad o ineficacia*» del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colfondos S.A. realizada el 1 de marzo de 2000. En consecuencia, se ordenó a esta trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros de la cuenta individual. A la última a recibir los aportes, actualizar la historia laboral y recibirla sin solución de continuidad. Se disponga a las

demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 24 de marzo de 1966, cotizó 306 semanas al régimen de prima media con prestación definida (RPM). Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colfondos S.A. el 1 de marzo de 2000. Adujo que el representante del fondo no le brindó información completa, clara y veraz acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen, las características y consecuencias del cambio. Refirió en el RAIS solo le será reconocida garantía de pensión mínima. Finalmente, que Colpensiones negó la solicitud de traslado (fls. 3 a 11)

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la demandante y la reclamación administrativa con su respuesta. Manifestó que no le constan los hechos restantes. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, sostuvo que el traslado se produjo como manifestación libre y espontánea del derecho a la selección de régimen, por tanto no es procedente declarar la ineficacia de un acto jurídico válido (fls. 41 a 46).

La AFP Colfondos S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y las demás declarables de oficio. Argumentó que la afiliación es válida, pues cumplió con todas las previsiones legales, en todo caso fue ratificada con la permanencia por más de 15 años de la actora (fls. 65 cd, 1 a 20).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 17 de agosto de 2021 (fls. 88 a 89), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la señora Olga Lucia Ospina Rodríguez al régimen de ahorro individual con solidaridad el 1 de marzo de 2000, a través de Colfondos S.A., conforme lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora Olga Lucia Ospina Rodríguez al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a Colfondos S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Olga Lucia Ospina Rodríguez como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre Colfondos S.A. pensiones y cesantías con motivo de la declaratoria de ineficacia de la señora Olga Lucia Ospina Rodríguez y una vez ingresen los dineros, actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a Colfondos S.A. pensiones y cesantías y en favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación en costas incluyendo por concepto de agencias en derecho la cantidad de \$2'000.000.

SÉPTIMO: consultar la presente decisión ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por lo expuesto.

Como sustento de su decisión, señaló que Colfondos no aporó medio de convicción alguno con el cual se demuestre que al momento del traslado brindó a la demandante información necesaria que le permitiera comprender las implicaciones de la decisión de cambiar de régimen pensional.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de

2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

V. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas de folio 55, la accionante se afilió al ISS el 24 de febrero de 1993, migró al RAIS, administrado por Colfondos el 1 de marzo de 2000, según extracto de fondo de pensiones obligatorias emitido por Colfondos S.A. (fl. 12).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la época del traslado cambió de trabajo, allí se presentó un asesor que le indicó que los fondos privados ofrecían muchas garantías, rendimientos y era lo que se utilizaba en el momento porque el ISS se iba a acabar. Refirió que el asesor no le entregó ningún documento, por eso no tiene copia del formulario de vinculación. Admitió que no se acercó a la administradora a solicitar información adicional, que recibe extractos pero no los entiende.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los

términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021). Empero, en el asunto de manos la AFP ni siquiera allegó este documento y al rendir declaración de parte la demandante manifestó que no le fue entregado.

En consecuencia, resulta evidente que Colfondos faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, por ello la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia pero de la afiliación, porque este es el acto de vinculación inicial al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta al deber de información al momento del traslado.

Importa reiterar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020) Criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la susodicha AFP deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será adicionada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de ineffectividad es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de agosto de 2021, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por el demandante el 1 de marzo de 2000, a través de la AFP Colfondos S.A.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Aclaración de voto

012-2019-00712-01



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 012 2020 00112 01
DEMANDANTE: CARLOS FERNANDO LAVAO DUSSAN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y
SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y
CESANTIAS S.A.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A., Skandia S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de agosto de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de “*congruencia interna*” que, según la Sala de Casación Laboral “(...) *exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive*” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la «*anulación o ineficacia de la afiliación-adhesión*» al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) a través de las AFP Horizonte, hoy AFP Porvenir S.A., y del cambio a

Skandia S.A., hoy Old Mutual S.A. En consecuencia, se condene a los fondos privados a trasladar a Colpensiones el capital y los rendimientos financieros. A esta última a recibir el capital, actualizar la historia laboral y reconocer y pagar pensión de vejez en los términos del artículo 9 y 10 de la Ley 797 de 2003. Así mismo, se disponga a las demandadas a reconocer derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 16 de julio de 1964 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 5 de julio de 1991, en donde cotizó 288,86 semanas. El 1 de febrero de 1997, se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. Adujo que el asesor le informó que el ISS estaba en banca rota por ello, sus afiliados no se pensionarían, mientras que en el fondo privado se podía pensionar a la edad que quisiera. Refirió que ninguna de las AFP le informó de forma clara, completa y por escrito las ventajas, desventajas y consecuencias del cambio de régimen pensional. Expuso que en el fondo privado obtendría una pensión en modalidad de retiro programado de \$2'154.209, entre tanto, en Colpensiones la renta vitalicia ascendería a \$3'445.988. Finalmente, petitionó a las demandadas el retorno a prima media (fls. 1 a 31).

Colpensiones rechazó las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del actor, la vinculación al régimen de prima media, las semanas cotizadas y la reclamación administrativa. Manifestó no constarle los demás hechos. En su defensa formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses argumentó que el traslado del actor se presume efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen por haberse realizado conforme a las normativas legales vigentes para la época (fls. 109 a 117).

La AFP Skandia S.A se resistió al éxito de las peticiones. Manifestó no ser ciertos o no constarle los hechos. Propuso las excepciones: «Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de *régimen*, el

demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado», ausencia de configuración de causales de nulidad, «inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al régimen de ahorro individual», ausencia de falta al deber de asesoría e información, «los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante», la prescripción, la buena fe y las demás declarables de oficio. Expuso que no se configura causal de nulidad alguna que permita conceder las pretensiones, pues la AFP cumplió con el deber de información a su cargo según disponía la ley y el traslado entre administradoras no afecta el derecho pensional (fl. 118 cd 1 a 22).

La AFP Porvenir S.A se opuso a la prosperidad de las súplicas. Aceptó la fecha de natalicio del demandante y el traslado entre administradoras. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los restantes hechos. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. En su defensa arguyó que cumplió con el deber de brindar asesoría al demandante (fl. 120 cd 1 a 24).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de agosto de 2021 (fls. 125 y 126), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por el señor Carlos Fernando Lavao Dussan al régimen de ahorro individual con solidaridad, materializado el 1 de febrero de 1997, a través de Porvenir S.A., conforme lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada al señor Carlos Fernando Lavao Dussan al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor Carlos Fernando Lavao Dussan como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se

hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

CUARTO: CONDENAR a la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a través de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. los costos cobrados por concepto de administración, con motivo de la afiliación del señor Carlos Fernando Lavao Dussan al régimen de ahorro individual con solidaridad durante el tiempo que permaneció en dicho fondo.

QUINTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor Carlos Fernando Lavao Dussan al régimen de ahorro individual con solidaridad, una vez ingresen los dineros, actualizar su información en la historia laboral.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y en favor del demandante, por secretaria practíquese la liquidación en costas incluyendo por concepto de agencias en derecho la cantidad de \$2'000.000.

OCTAVO: consultar la presente decisión ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por lo expuesto.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que el traslado es la materialización de la voluntad informada del demandante, pues no cumplió con el deber de entregar documentos, tampoco suministró información sobre las ventajas y desventajas del régimen pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones reclama la revocatoria de la sentencia bajo el argumento de que el demandante realizó actos de relacionamiento que imprimen validez al traslado, materializados estos en aportes voluntarios, solicitud y cambio de claves y contraseñas. Expuso que el interés de retornar al régimen de prima media está motivado en la inconformidad en

el monto de la pensión y este en manera alguna puede ser un argumento válido para obviar los términos previstos en la ley.

La AFP Porvenir S.A. aspira que se revoque la decisión, pues al rendir declaración de parte, el demandante aceptó que los asesores de la AFP le informaron que podía pensionarse anticipadamente, que sería titular de una cuenta de ahorro individual en la que obtendría rendimientos, en caso de fallecer sus recursos podrían ser heredados que era factible hacer aportes voluntarios. Alegó que no es dable exigirle acreditar requisitos de traslado no previstos en la ley para la época. Imploró revocar la orden de devolver gastos de administración, pues estos cobros se realizaron por disposición legal, no por capricho de la administradora, cubrieron el buen manejo de los recursos

Skandia se opone a devolver los costos o gastos de administración, pues los efectos de la declaración de ineficacia del acto jurídico están determinados en la ley y no es dable al Juez aplicar unos diferentes en razón a la jurisprudencia. Preciso que el Decreto 3995 de 2008 señala los factores y elementos que deben trasladarse y no contempla los referidos gastos, lo cual resulta lógico, dado que una parte de ellos están destinados a sufragar la póliza para el cubrimiento de las contingencias de invalidez o muerte y en consecuencia, la AFP no cuenta con estos recursos. Además estas sumas no integran el capital necesario para financiar la pensión, en consecuencia son prescriptibles. Refirió que a las sumas destinadas a cubrir las contingencias de invalidez y muerte les es aplicable la normatividad de seguros y por ende la prescripción de dos años.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito

sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas de folios 38 y 107, el actor se afilió al ISS el 5 de julio de 1991, migró al RAIS, administrado por Porvenir S.A. el 10 de diciembre de 1996, con la suscripción de formulario de afiliación (fl. 120 cd contestación Porvenir fl. 43), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, ASI COMO LA SELECCION DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR PARA QUE SEA LA UNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIEN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente, cambió a la AFP Skandia, a partir del 22 de junio de 2006, como se evidencia en el formulario de afiliación (fl. 118 cd contestación Skandia fl. 112).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que a su lugar de trabajo fueron asesores del fondo privado quienes dijeron que el Instituto de Seguros Sociales desaparecería y perderían los aportes, que era conveniente trasladarse para obtener la pensión a los 48 o 50 años, con un monto superior, que su familia iba a quedar con una muy buena pensión, y que si lo deseaba al final de su vida laboral podría retirar el dinero que sería depositado en una cuenta individual que obtendría rendimientos y podía ser manejada según quisiera y hacer aportes voluntarios. Expuso que entregó la cédula al asesor, él diligenció el formulario y finalmente el lo suscribió. Refirió que a los 55 años perdió el

empleo, solicitó el reconocimiento de la pensión, pro la AFP le ofreció una suma irrisoria, equivalente al salario mínimo que no se compadece con sus cotizaciones, además el fondo le informó que no podía retirar el dinero acumulado. Admitió que se la diferencia en el monto de la pensión que podría obtener en el régimen de prima media es abismal.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Importa señalar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

La teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS, las cotizaciones realizadas y los aportes voluntarios no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero, pues la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021). El acto de traslado tampoco se entiende validado por el traslado entre administradoras del RAIS.

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, por ello la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia pero de la afiliación, porque este es el acto de vinculación inicial al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta al deber de información al momento del traslado.

Importa reiterar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020) Criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Skandia, administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado el demandante, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por lo que la decisión se modificará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A., de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será modificada en este punto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de agosto de 2021, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por el demandante el 1 de febrero de 1997, a través de la AFP Porvenir S.A.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la decisión para condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Aclaración de voto

012 2020 00112 01



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 15 2017 00689 01
DEMANDANTE: JOSÉ RAMIRO PÁEZ OLARTE
DEMANDADO: CITIBANK COLOMBIA S.A. HOY SCOTIABANK
COLPATRIA S.A.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 de diciembre 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declarara que fue despedido injustamente. En consecuencia, se condenara a la demandada a reintegrarlo al cargo que desempeñaba en las mismas o mejores condiciones; a reajustarle el salario en igualdad de condiciones de los demás gerentes de su nivel, a cancelarle los salarios, prestaciones sociales, prima de navidad extra legal, vacaciones, aportes a seguridad social, los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso. Subsidiariamente, a pagar la indemnización por despido injustificado, con base el último salario devengado y la sanción moratoria.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 7 de febrero de 2000 suscribió con la demandada contrato de trabajo. Durante los primeros seis años se desempeñó como subgerente de operaciones; en los ocho años siguientes ocupó el cargo de director de operaciones en el área «*Distribution Services – Branches*», y desde octubre de 2014, ejerció como «*Manager*

Control Assessment» con nivel salarial C10 y, en enero de 2017, fue promocionado a nivel salarial C11. Refirió que tuvo a cargo un equipo de trabajo conformado por tres personas, pero supervisaba 10 secciones: Operaciones «*Fx, Citivalores, BP&A, Operations Support, Fullfilment, and Delivery, Remote Channels, Direct Sales, Quality Control, Operative Control y “Branches*», con quienes realizaba todas las acciones de monitoreo y seguimiento requeridas para generar los reportes de revisión de procesos mensuales, trimestrales, semestrales y anuales, así como la calificación para cada área, para compartirlas con los gerentes, excepto «*Branches*», de la que no era responsable y solo debía consolidar información.

Expuso que dentro de sus funciones, estaban las de verificar la información de su grupo de trabajo y la suministrada por las áreas bajo su alcance, con el fin de entregar los datos a las diferentes gerencias, de los hallazgos o falencias en los procesos, para que adoptaran los planes de acción en aras de mitigarlos. Explicó que para el área de «*Branches*» los informes de cada visita y sus resultados eran compartidos por el grupo BOF con el gerente de la sucursal, en el mismo momento de terminar la visita, para que generara los planes de acción correctivos que aminoraran los riesgos encontrados por ese grupo. Luego los informes eran compartidos con la Vicepresidencia de «*Branche*», el «*Head de CBORC- Cabeza del Área de Control del Banco- y la Gerencia Nacional de “Branches*» y, finalmente, la información le llegaba a él para que la consolidara en un solo reporte.

Relató que las labores que realizó con relación a la consolidación de información suministrada por el área de «*Branches*» no correspondían a su cargo, según el manual de funciones, debían ser desarrolladas por un analista, circunstancia que informó a su jefe inmediato a quien, además, le expuso lo inconveniente que resultaba, en tanto al momento de la revisión asumía los roles de «*juez y parte*», pese a ello, tuvo a cargo estas tareas en los últimos tres años de la relación laboral, sin contar con supervisión ni retroalimentación de su superior directo.

Informó que el 3 de agosto de 2017, auditoría interna le solicitó un reporte, allí detectó diferencias en los datos inicialmente entregados, lo que comunicó a sus jefes inmediatos, Jairo Rendón y Lina María Ochoa, a quienes indicó que era necesario revisar la «*data fuente*» de información al cierre y verificar si había más inconsistencias, pero no le dieron mayor transcendencia a la situación, en tanto estimaron que no era grave, y era fácil conseguir los soportes a través de las áreas implicadas.

Relató que al realizar la revisión de la «*data*» contra el reporte que él había enviado en el cierre del segundo semestre, evidenció que fue manipulada y que la información contenida era diferente a la suministrada en su oportunidad, hecho del que también enteró a sus jefes, pero Lina María Ochoa, dijo, se opuso a realizar el procedimiento correspondiente porque implicaba mucho tiempo, y el área de auditoría requería la información para el mismo día. Refirió que de lo acontecido le comunicó a Claudia Isabel López, *Head* responsable de toda el área, quien debía supervisar, dirigir y controlar, pero carecía de experiencia como quiera que apenas llevaba cinco meses en el cargo.

Expuso que pese a que el 4 de julio de 2017, explicó a Lina María Ochoa y Claudia Isabel López que la forma correcta para recuperar la información y subsanar el error era tomar uno a uno los reportes generados por el BOF y extraer la información de cada revisión, para corroborar los resultados que él había reportado inicialmente, ellas le negaron la oportunidad de hacer este «*retest*»; le asignaron esa tarea a Anderson Cabezas, y le indicaron que tenía que hacerlo sobre la información contenida en el Excel. Explicó que tal ejercicio, sin duda, arrojaría errores, dadas las modificaciones o alteraciones que pudo tener la data posterior al informe.

Anotó que el 4 de agosto de 2017, las señoras López y Ochoa, mediante correo electrónico le solicitaron explicación escrita, y contestó en la fecha; que al día siguiente lo citaron informalmente para que diera las mismas explicaciones. El 22 siguiente fue convocado a diligencia de descargos a una sucursal diferente a la de su puesto de trabajo, la que se

adelantó en la misma fecha y versó sobre los hechos que él mismo puso en conocimiento, y con base en un «retest» basado en información tomada de un excel manipulado y no en los reportes que generaba el BOF.

Sostuvo que en el periodo comprendido entre el 3 de agosto y el 25 de septiembre de 2017, su trabajo y el de su equipo fue cuestionado, a más de que se le solicitó cancelar las vacaciones previamente aprobadas, pese a que contaba con tres periodos acumulados. Afirmó que Claudia Isabel López y Lina María Ochoa buscaron razones técnicas que condujeran a configurar una justa causa para la terminación del contrato; que el 25 de septiembre 2017, la última nombrada le notificó el despido, sin tomar en consideración su trayectoria, su actuar de buena fe y su buen desempeño en el banco. Añadió que la situación vivida durante todo el proceso le generó problemas médicos (fl. 2 a 32).

Al contestar la demanda Citibank Colombia S.A. se opuso a las súplicas. Manifestó no ser ciertos o no constarle los hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo, calificación de justa causa por los contratantes, «buena fe de mi representada», mala fe del demandante, pago, prescripción y las demás declarables oficiosamente (fl. 131 a 169).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 3 de diciembre 2020, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 6 de febrero de 2000 hasta el 25 de septiembre de 2017. Condenó a Scotiabank Colpatria S.A. antes Citibank Colombia S.A., a pagar a favor del demandante la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 Código Sustantivo de Trabajo, por un valor de \$60'531.303. Absolvió a la accionada de las demás pretensiones invocadas, tales como el reintegro, pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social, prima extralegal de navidad, nivelación salarial,

indemnización moratoria, entre otras frente a las cuales declaró probada la excepción de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación. Impuso costas a la vencida. (fl. 1.009).

Como sustento de su decisión, señaló que la enjuiciada no logró probar la periodicidad con la que el accionante debía rendir informes. Concluyó que no fue por seguimiento o vigilancia que el banco se dio cuenta de las presuntas irregularidades en que incurrió el actor, además le endilgaron no haber cumplido el deber de advertirle al empleador sobre situaciones que encontrara en desarrollo de su labor, que le pudieran causar perjuicios, empero olvidó que fue precisamente el actor, en una actuación «*loable*», quien puso en conocimiento las situaciones por las cuales después fue despedido. Definió que ninguno de los testigos pudo aclarar los motivos por los cuales terminó el contrato, ni explicar las faltas en las que incurrió el demandante, a quien dio credibilidad en tanto manifestó que algunos registros de Excel fueron eliminados y desaparecieron ciertos soportes de la gestión que realizó. Los anteriores razonamientos llevaron al Juzgado a concluir que no fueron probadas las justas causas invocadas para poner fin al contrato de trabajo. Sostuvo que el actor no es sujeto de estabilidad laboral reforzada, por lo que absolvió del reintegro.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las partes apelaron lo resuelto.

El demandante manifiesta que es procedente el reintegro al puesto de trabajo, dado que se le vulneró el debido proceso, porque no se le otorgó el tiempo necesario para presentar pruebas en la diligencia de descargos, que se adelantó el mismo día en que le fue entregada la citación, lo que le impidió adelantar una adecuada defensa. Sostiene que la demandada no presentó los soportes de la auditoria, según la cual hubo errores en la información, y que siempre puso en conocimiento del Banco la situación que se presentó, no la ocultó.

Scotibank Colpatria S.A. antes Citibank Colombia S.A busca que se revoque la decisión. Arguye que el Banco demostró los hechos que dieron lugar a la terminación del contrato con justa causa. Expone que, contrario a lo considerado por el juzgado, existe manual de procedimientos MCE en el que se consagra claramente que el demandante debía realizar seguimiento a los reportes diaria, semanal o mensualmente. Asegura que de conformidad con el artículo 225 del Código General del Proceso, *«la validez de los testimonios se sujeta o delimita al reglamento o procedimiento, que para el caso es el Manual MCE»*. Refiere que no fue valorada la declaración de Anderson Cabezas, en la que indica que el MIS es mensual y que sobre diciembre de 2016, el actor, sin estar facultado para ello, le pidió que cambiara la *«vista»* a trimestral.

Sostiene que si bien, el actor reportó la situación a sus jefes inmediatos, ello sucedió ante la inminencia de un proceso de auditoría y después de haber entregado un reporte de forma irregular, situación que debe ser valorada. Solicita leer con detenimiento el acta de descargos y tomar en consideración que el actor allí confesó que su función sí era revisar los soportes de los controles de cada proceso cada tres meses, y que su error fue no dejar constancia de la validación mensual que adelantaba.

Dice que aunque el demandante dijo que los registros que soportaban el seguimiento desaparecido, su dicho no le basta para probar este hecho, dado que Anderson indicó que bajo ninguna circunstancia tales soportes podrían ser eliminados o alterados y, en todo caso, el manual de funciones imponía al trabajador el deber de cuidarlos.

Expresa que no comparte la conclusión de que el demandante no puso en riesgo al Banco, porque el incumplimiento de un trabajador no necesariamente debe acarrear un riesgo o pérdida económica y en este caso lo que se cuestiona es la inobservancia de las obligaciones contractuales y reglamentarias por parte de quien contaba con experiencia y ocupaba un cargo importante. Destaca que con el reporte de información errada, el banco debió adoptar medidas a las que no estaba obligado.

Sostuvo que el Juez no está llamado a calificar la gravedad de la falta, simplemente a verificar su ocurrencia, que en el asunto bajo estudio, se encuentra acreditada, de suerte que la sentencia debe ser revocada y de confirmarse, se requiere revisar la liquidación de la indemnización.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación con apego a lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social. Por tanto, le corresponde dilucidar si el demandante fue despedido injustamente y, en consecuencia, si es procedente su reintegro al cargo que ocupaba o, subsidiariamente, el pago de la indemnización correspondiente.

Para el efecto, se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 7 de febrero de 2000 (fl. 34 a 35) hasta el 25 de septiembre de 2017, data en que la demandada puso fin al vínculo (fl. 61 a 64).

ij) Justa causa del despido

En reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral ha puntualizado que al trabajador le corresponde probar el hecho del despido y al empleador la justa causa para exonerarse de indemnizar los perjuicios (CSJ SL284-2018). Al respecto, encuentra el Tribunal que la demandada mediante comunicación de 25 de septiembre de 2017 (fls. 61-64), informó al demandante su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, indicándole que:

A continuación se indican las inconsistencias evidenciadas al revisar los resultados del MCA (Manager's Control Assessment) de BOF (Branch Oversight Function del primer y segundo trimestre de 2017 periodo diciembre de 2016 a mayo de 2017), los cuales están bajo su responsabilidad:

- (i) La frecuencia de los monitoreos documentada en el MCA (Manager's Contro Assessment) está definida como mensual y con esta periodicidad debe ser reportada. Sin embargo, usted ha estado consolidando y reportando el resultado de forma trimestral, en la matriz MCA (Manager's Control Assessment) entregada a las áreas de In Business y de Branches, lo cual distorsiona el resultado del indicador
- (ii) Se identifica que para 22 controles que se deben ejecutar de forma mensual y que deben arrojar 132 resultados de monitoreo para el periodo Diciembre de 2016 a Mayo de 2017 (22 controles por 6 meses = 132), usted todos los reportó como aprobados («pass») cuando realmente solo 81 monitoreos de los 132 eran aprobados («pass») y 51 resultados de monitoreo eran fallidos ("Fail"). De esos 22 controles, 3 son Tier 2- Riesgo Alto por lo cual la sensibilidad es mayor). De acuerdo con la política del MCA, los resultados "Fail" generan la apertura de un issue por la gerencia, el cual debe ser comentado y escalado en la reunión de riesgo y control por el senior management ante el CEM
- (iii) Para el 2Q 2017 (marzo, abril y mayo), usted no dejó evidenciado en papel de trabajo y/o documentación, el monitoreo efectuado, es decir, no existen soportes del cálculo de los indicadores que justifiquen el resultado que usted reportó como aprobado (" «pass»").
- (iv) Para el 1Q 2017 (diciembre 2016, enero y febrero de 2017), aunque si existe evidencia documentada de los resultados BOF con los cuales se calculó el indicador de monitoreo, se encuentra que
 - a) En algunos casos, los números no coinciden con el reporte fuente M / S - Management Information System BOF);y
 - b) En otros casos, los números si coinciden con el archivo MIS BOP y claramente se observa que el resultado supera threshold (limite) debiendo ser fallido ("Fail") , sin embargo, usted lo calificó y reportó como aprobado («pass»).

(...)

De otro lado, usted también anotó que hizo escalamientos de segregación de funciones a su anterior manager sin obtener respuesta, sin haber desplegado acciones adicionales para solventar este hecho, que de todos modos en nada incide en su decisión de haber cambiado la periodicidad de los controles ni de omitir dejar evidencia de los mismos. Para el Banco, los hechos mencionados rompieron la confianza que se depositó en usted en el rol de MCA Coordinator, siendo este un elemento esencial para la continuidad del contrato de trabajo.

Estos incumplimientos de sus obligaciones expusieron al Banco graves riesgos regulatorios, reputacionales y económicos, toda vez que la razón de ser del MCA es monitorear los controles que mitigan los riesgos de negocio y de franquicia. Las faltas cometidas impactaron al negocio en el sentido de no haberles informado oportunamente sobre sus fallas (que en la mayoría de casos son reincidentes) para abrir planes de acción de mitigación oportunos, y al mismo tiempo tener IBAMS (Being Addressed by Management) de cara a la Auditoria Interna. La utilización del criterio y el sentido común de manera apropiada en todas nuestras acciones y la consideración de todos los aspectos del posible impacto que pudieran tener las operaciones en las que participamos son elementos clave para nuestra franquicia y para la reputación de Citi.

Las irregularidades anteriores, consideradas individualmente y en su conjunto, constituyen incumplimientos y faltas graves a sus obligaciones legales y contractuales y son justa causa para dar por terminado unilateralmente su contrato de trabajo, razón por la cual el Banco procede en este sentido, decisión que estamos comunicándole en este documento.

En la misiva se introducen apartes de la diligencia de descargos en la que, en sentir de la empresa, el actor acepta que faltó a sus deberes contractuales.

El testigo Jairo Alberto Rendón Molina, según lo informó, está vinculado a la demandada desde el 7 de julio de 1987, actualmente se desempeña como Control Manager en una gerencia que tiene a cargo varias áreas de control. Manifestó que era el supervisor del demandante. Expuso que en el banco existen herramientas para atenuar riesgos y validar el cumplimiento de los diferentes controles dentro de los cuales está el proceso MCA, en virtud del cual el gerente de cada unidad de las áreas identifica sus riesgos, controles y define un monitoreo para validar que estos sean bien ejecutados para evitar pérdidas o riesgos reputacionales. Refirió que existía un rol previo a las funciones del demandante denominado BOF consistente en que un equipo va a las sucursales directamente y hace la validación de controles, por ejemplo, que la bóveda se abra de forma adecuada; que es una especie de auditoría, que se compone de muchos *ítems*, en promedio 86 hojas de trabajo. En el mes este equipo BOF visita de 9 a 12 oficinas, dependiendo su tamaño.

El precitado deponente aseguró que el demandante tenía bajo su responsabilidad consolidar esta información, tomar la “*data*” que recibía del MISS, que es consolidado de las pruebas tomadas en cada proceso, y definir si el resultado estaba dentro del margen de «*tolerancia*». Expuso que el despido del actor obedeció a que en el mes de «*junio o julio*» llegó una auditoría del programa de ejecución de control de sucursales y pidió los soportes de lo que se había realizado, por lo que en calidad de interlocutor entre aquella y las diferentes áreas los solicitó al demandante; que al día siguiente se reunió con el actor y con “*Lina*” y les comentó que al validar el proceso advirtió que uno de los que había tenido como sin inconveniente,

en realidad era fallido, dado que el número de falencias era superior al indicado inicialmente como dentro del margen de tolerancia.

Es decir, que el riesgo no era tolerable, por ello, explicó, se le solicitó que junto con Anderson Cabezas analizaran la información, lo que arrojó como resultado muchas pruebas fallidas, porque no se realizaron los controles al cierre de cada mes, sino que la consolidación se hizo, según explico el actor, trimestralmente, y ello pudo distorsionar la métrica de «falla o pase», pues el promedio podía estar por debajo del margen de tolerancia, cuando en realidad se presentaron meses fallidos, es decir, situaciones de incumplimiento por las que, junto con el área de control, se debió identificar el origen y concretar planes de acción que mitigaran los riesgos.

Explicó que el trabajo del accionante no fue adecuado, en tanto impidió que se adelantaran los planes de acción que, de haber realizado los procesos mensuales, se hubieran podido adoptar y permitido al banco consolidar sus oportunidades de mejora, fortalecer el ambiente de control a nivel de oficinas y evitar cualquier riesgo. Aseguró que el plan de acción que se implementa con el informe del BOF es únicamente para la oficina, mientras que cuando se consolida la información con el MCA, se acogen medidas del control para todas las oficinas. Expuso que el equipo de operaciones del Banco realizaba una serie de capacitaciones de riesgo y control en las cuales participó el actor, además en la matriz del MCA está la periodicidad con la que se debía ejecutar la acción a su cargo.

El testigo explicó que la gestión del demandante debía ser reportada a diferentes áreas, incluida la Presidencia. Que como superior nunca supo que omitiera dejar trazabilidad de su gestión. Aseguró que el MCA es una matriz de controles que el demandante debió diligenciar mensualmente con base en la información de la consolidación de las visitas, el que es cargado en el MISS por Anderson Cabezas encargado de mantener actualizada la data. En el MCA se registran la cantidad de pruebas y fallas y esto arroja el porcentaje de fallas que se compara contra el margen de tolerancia y si lo supera se debe reportar a la Gerencia directamente y

posteriormente al equipo de MCA. Expuso que los valores reportados por el demandante en uno de los trimestres no coincidía contra el valor del MIS y en otro no tenía ningún valor con el cual soportar y documentar que la información que reportó estaba por encima de la muestra.

Señaló que el equipo de BOF y Anderson Cabezas tenían acceso a la información del MISS; este cargaba la información según le iba llegando, con la totalidad de visitas realizadas en el mes; que esta base de datos no era alimentada por el accionante, a quien no le estaba permitido manipularla, y solamente tenía la opción de consultarla. Añadió que auditoría pidió el informe del MISS para validar la consistencia de la data que tenía que estar documentada con las evidencias que respaldaran los datos que el accionante ingresó en el MCA.

El testigo Anderson Johan Cabezas Pulido quien, conforme lo dijo, presta servicios a la encausada en la *“Unidad de AML Control Interno”* en temas de MISS, métrica y reportería, fue compañero del demandante. Relató que una auditoría permitió evidenciar que se hizo reporte positivo de un proceso que en realidad era negativo. Aseguró que su función era consolidar y reportar mensualmente para que el demandante verificara en la misma periodicidad en el MCA *“o consolidara trimestralmente según lo determinara el MCA”*. Explicó que en la unidad se acogía un cronograma semestral según el cual, por lo menos dos veces al año, debían visitarse las oficinas ubicadas en Bogotá, y una vez las que estaban fuera.

Apuntó que la revisión se hacía a través de una matriz que es *“un archivo Excel que por cada control tenía una hoja, un libro y por cada libro se determinaban unos registros con un muestreo en específico, dependiendo el proceso que se fuera a validar”* Dijo que el actor tenía que hacer un testeo de las visitas realizadas por el BOF, *“consolidar todas las muestras, verificar por categorías de familias”* la información mensual o trimestral para establecer que el riesgo fuera el permitido por el banco. Aseguró que el MCA es una medida preventiva dentro de la entidad para mitigar, de forma proactiva, posibles falencias en los controles internos y no puede ser ejecutada si no se hacen los reportes correspondientes.

Señaló que no había un periodo determinado para cargar la información al MISS porque las visitas no se hacían estrictamente en las fechas programadas. Expuso que cualquier persona podía consultar o manipular el referido archivo porque no tiene un sistema de seguridad; que a su cargo solamente estaba guardar la información, y que desconocía el proceso para realizar el «retesteo». Sostuvo que en el proceso de métricas no existía «*maker and chaker*», es decir, un proceso de contra verificación.

Martha Carolina Sánchez Acosta prestó servicios al banco durante 14 años, 5 de ellos en control interno. Señaló que para el caso del actor se «*presentaron diferencias en los porcentajes de calificación de riesgos de un programa que nosotros denominamos MCA – Manager Control Asaiment que es un programa que se encarga, bajo su metodología, de determinar si hay riesgos*» para las unidades de negocio, de suerte que si surgen alertas el banco pueda ejecutar planes de acción para mitigar los riesgos.

Narró que en torno al despido del demandante se les informó «*que las cifras no concordaban con el resultado real de la ejecución de ese programa y al estar catalogados en unos estados como «pass» y no como fail, no se suscitó un escalamiento de alerta*». Explicó que el MCA consistía en recopilar evidencia de la ejecución de los controles de los negocios de la banca personal, de dos formas: una, solicitando evidencias a las áreas, y otra, de manera presencial haciendo una labor de campo. Señaló que el actor ostentaba un cargo de alta confianza o nivel, estaba entre gerente y subgerente; era el encargado de recopilar las evidencias, verificar si se en los procesos se ejecutaban los debidos controles, es decir, que para MCA debía identificar los riesgos y definir si eran o no tolerables, con la generación de reportes con cierta periodicidad, dependiendo del proceso, y si ameritaba escalar la información para buscar el plan de contingencia.

La testigo esbozó que «*Anderson*» hacía la consolidación de las cifras y el demandante el testeo en las unidades de negocio, aplicaba la metodología MCA para establecer el nivel de riesgo y generaba los reportes «*pass*» o «*fail*», según resultara, para llevarlas a un tablero de riesgos y esta

se le mostraba a la alta gerencia. Refirió que la mayoría de los testeos se hacían de forma mensual y en ellas se incluían las diarias, las quincenales y las mensuales, y los que tuvieran periodicidad trimestral, semestral o anual se incluían en el testeo del mes en que se cruzaran.

Indicó que *«la periodicidad depende del nivel de riesgo y lo que hacíamos era agrupar los altos riesgo o los que tenían una periodicidad corta en las revisiones que hacíamos mes a mes»*; que la frecuencia era fijada de forma rigurosa, aclaró, previo el cumplimiento de las técnicas y políticas internas y externas, y en consideración a las auditorias de los últimos tres años. Mencionó que hay riesgos que debe ser reportados el mismo día, otros de forma semanal o en otra periodicidad, y el no cumplir con ello puede generar consecuencias de orden legal y acarrear riesgo reputacional.

Aseveró que la metodología MCA debía aplicarse mensualmente, y se debían guardar las evidencias físicas o en archivos digitales, disponibles para los procesos de auditoria futuros y de no dejarse *“no hay prueba de haber hecho el ejercicio, es decir, no hay prueba de haber ejecutado sus funciones, de por qué le dio”* el umbral o porcentaje de resultado. Estas evidencias, de ser físicas, explicó, se guardaban en AZ por 10 años y se manejaban según su uso, y los digitales se archivaban, según el peso, en carpetas en la red *“ELE”* de uso restringido y previo permiso de acceso, por lo que queda rastro si se hicieron modificaciones o no a la información.

Explicó que la periodicidad estaba en la matriz PRC Proceso Riesgos y Controles, pues no había un manual en el que la misma se contemplara; que cada riesgo y control tiene la propia *“pero sí le puedo decir yo que hay una rutinas en control de las cuales se tiene evidencia histórica que opera mensual”*; que existen antecedentes o rutinas que el demandante conocía en razón de su experiencia y funciones. Indicó que el proceso del MISS es *“la centralización de la información en un Excel o un Acces, es una metodología para guardar o recopilar datos históricos y demostrar, a través de gráficas, cuál es la historia de un indicador”, “es la data en que los Gerentes de alto nivel confían”*.

Declaró que el BOF es la aplicación del MCA en las oficinas, es decir que arroja unos resultados que se ponen en una tabla que es el MISS. Indicó que el banco, de manera permanente y reiterativa, capacitaba a los empleados sobre el MISS personal para que hicieran seguimiento a los resultados que tenían a cargo para que, en caso de presentarse una alteración o modificación de celdas en el MISS general, contaran con la información de respaldo para reestablecer la información real y evitar tomar decisiones inadecuadas. Señaló que, dada la experiencia de cada cargo, se espera que el responsable adelantara el procedimiento en la periodicidad adecuada, y que el cumplimiento de tal directriz se verificaba.

Leidy Johanna Arias Cuesta labora en la Dirección de Riesgo Operativo Cuantitativo. Comentó que para 2017 desempeñaba la función de MCA *Cordinator* y lideraba un producto; que fue compañera del demandante; ambos le reportaban al jefe «Jairo». Señaló que la frecuencia de los controles de monitoreos estaba contemplada en la matriz, y se fijaba con el gerente dueño de esta, quien era el encargado de ejecutar el proceso. Indicó que los reportes se hacían con la periodicidad estipulada y se iban guardando; los soportes y el corte trimestral oficial se hacía con las gerencias.

Dio a conocer que al final del proceso se generaba una certificación en la que se especificaban los riesgos fallidos y los que «*pasaban*» para que el representante de consumo y el área centralizadora conociera de las debilidades o falencias. Este certificado, llamado de cierre de MCA, era elaborado por cada coordinador, quien debía realizar las pruebas y llenar su hoja de excel con los resultados, y los compartía, por lo general, con el gerente, quien también suscribía el documento. Refirió que el área centralizadora requería el envío de las certificaciones, «*el banco tenía un sistema que se llamaba citirissk donde se iban montando todos los resultados, entonces aquí el área de Inbussines, esa área centralizadora era la que estaba atrás de nosotros como coordinadores, usted no ha corrido esto, no ha movido, de hecho, mandaba unos excel como aquí le faltó meter*

este campo, aquí esto era mensual y usted no miró el resultado, ellos hacían sus revisiones por ahí trimestrales».

También, compareció a rendir testimonio Gladys Ballesteros Patiño, quien manifestó que trabaja para la convocada desde agosto de 1994; actualmente se desempeña como revisora de oficina y tiene a cargo el aseguramiento de controles en procesos y procedimientos en las oficinas del banco, distinto a BOF, para lo cual elabora un *check list* a una persona que se encarga del resto del proceso. Su jefe inmediato fue Jairo Rendón, dijo, posteriormente Martha Carolina Sánchez, y arriba de ellos estaba Claudia López. Aseguró que rendía informes cada vez que terminaba una visita, de acuerdo a la programación, y los copiaba al señor Rendón para que él adelantara el proceso a su cargo. Indicó que para consultar el consolidado de reportes se acudía al MISS que es un archivo que se guarda en una red en el banco que solo puede ser consultado, no modificarlo.

Obra en el plenario traducción del Apéndice a Gestión del Riesgo Operativo – Normas de Evaluación y Control del Gerente (MCA) (fl. 854 a 974) que tiene como propósito establecer riesgos operativos significativos, e identificar y abordar las debilidades en los controles internos. *«Las MCA también apoyan la evaluación de controles internos sobre la información financiera y el cumplimiento de las regulaciones, al garantizar una revisión y evaluación apropiadas del diseño y la ejecución de los controles internos, los procesos de evaluación de riesgos».* Este instrumento está dirigido a quienes, como el demandante, ostentan el cargo de gerente, *«que tienen la responsabilidad principal de administrar las actividades comerciales, sus riesgos y controles relacionados y todo el resto del personal que participa y apoya los procesos y actividades del MCA».*

El MCA *«implica la identificación, desarrollo e implementación de actividades de evaluación de riesgos y monitoreo de control adaptado a cada riesgo operacional significativo, así como el análisis, evaluación, y reporte de información de control»* anual, trimestral o, según sea necesario. En el aparte 3.10, se indica que las calificaciones del MCA *«se*

determinarán antes de cada trimestre». Y, en el numeral 3.11 quedó consignado:

Para promover la transparencia y la coherencia de los procesos de ACM, se requiere información y documentación exhaustivas sobre el riesgo y el control para respaldar el riesgo anual.

La evaluación, actividades de monitoreo de control y calificaciones de entidades MCA. Además, para los procesos que admiten cuentas con alcance SOX, debe haber suficiente documentación para demostrar una comprensión de los controles operativos en esos procesos incluidas las transferencias a proveedores internos de servicios/ externos, la adecuación del diseño del proceso y los mecanismos utilizados para monitorear la efectividad continua de esos controles operativos. Estos documentos deben estar disponibles y se deben proporcionar a los auditores o exminadores a solicitud.

El documento denominado Procedimiento de Evaluación de Control del Gerente (fl. 874 a 974), señala en el numeral 4.3.7.1 que la frecuencia con la que se aplican los controles puede ser *«en tiempo real, por hora, diaria, semanal, mensual, trimestral, semestral, anual, ad hoc»* de acuerdo a la naturaleza del proceso, y que el monitoreo de los controles realizado por los gerentes se considera efectivo cuando mitigan los riesgos.

En la Sección 6 se define el monitoreo continuo; se establece que la información sobre el funcionamiento de controles debe ser recibida y evaluada por la gerencia de manera permanente durante todo el trimestre; los resultados de la evaluación trimestral deben actualizarse en CitiRisk *«continuamente»*. También, dispone:

Cuando la Prueba de control critico (Apendice II) es el método de monitoreo definido esta prueba debe estructurarse para obtener resultados a lo largo del trimestre en lugar de un solo punto en el tiempo, como solo un trimestre.

Los resultados de la evaluación trimestral deben actualizarse en CitiRisk continuamente.

Los resultados del monitoreo pueden indicar una posible violación, evento desencadenante, brecha control o debilidad en cualquier punto del trimestre. La Gerencia de la entidad MCA debe investigar y tomar medidas para abordar el problema de inmediato, así como también considerar controles y/o métodos de monitoreo de MCA que requieran modificación como resultado del problema si corresponde. Si se requiere una revisión del método de control o monitoreo, la gerencia debe registrar los cambios en la aplicación CitiRisk MCA, sección Evaluación anual de riesgos.

Un problema de gestión debe registrarse en CAPS en este momento MCA requiere que los resultados clave de las actividades de monitoreo de control (por ejemplo, indicadores de riesgo y rol, pruebas, informes de excepción, etc.) se capturen en la aplicación CitRisk MCA durante todo trimestre (MIS extenso / voluminoso y otros documentos pueden mantenerse fuera de línea de la entidad). Como mínimo, la documentación que respalda las excepciones y problemas de control debe documentarse en CitRisk. Existen capacidades tanto del sistema como manuales para capturar resultados (consulte la guía del usuario de la aplicación MCA para obtener instrucciones específicas para ingresar la información requerida). Se deben proporcionar detalles suficientes para respaldar la revisión independiente del monitoreo y las pruebas.

En la Sección 7: Evaluaciones Trimestrales del MCA se relaciona dentro de las actividades clave *«Documentación completa y justificación de la calificación para respaldar la idoneidad del MCA»*, y señala que los problemas identificados por la gerencia deben registrarse continuamente durante todo el trimestre a medida que se hallan.

El 10 de julio de 2017 (fl. 68 a 70), el demandante envió correo electrónico a Jairo Rendón en el que le comunicó: *«ya envié el reporte de este mes con base en las cifras de los archivos de Andersson, pero creo que este reporte debería delegarse a otra persona»*. (fl. 68). En correo enviado el 4 de agosto de 2017, a Claudia Isabel López, Lina María Ochoa Bustamante y Camila Moreno, el accionante manifestó:

“Con base a lo mencionado y expresado en la reunión de hoy en la mañana, a continuación ofrezco mis comentarios: en principio considero importante recalcar que las diferencias de los valores fue detectada (sic) por mi e informada a Jairo Rendón teniendo en cuenta que tendríamos una reunión con las personas de Auditoría y que me generaba preocupación.

Sin embargo en la revisión de estos ítems, Lina Ochoa evidenció que los resultados generales de la matriz ARA de Branches al cierre de IIQ, no estaban acorde con la periodicidad del monitoreo por lo que se realizó una verificación general de los mismos, encontrando diferencias en las cifras de cada monto mensual y en los resultados reportados. Como mencioné con transparencia y honestidad, responsable y conocedor de mis funciones y puedo garantizar que los monitoreos los hice mensualmente, como lo menciona la matriz, que el reporte se envía trimestralmente al Head de Branches, y que ninguno de los resultados cuestionados fueron reportados e ingresados intencionalmente o de mala fe con el error mencionado, pero desafortunadamente un error involuntario que cometí y del cual acepto mi responsabilidad es no tener los soportes de cada proceso realizado, como es el deber de mi función.

(...)

Entiendo que como líder de un equipo mis skills deben estar enfocadas a ser fuente de información y confiabilidad para los supervisores y eso lo he hecho con el criterio y formación que durante estos 18 años el banco me ha brindado. Sin embargo, como ser humano cometí un error que no se debió presentar y por el que reitero y acepto con responsabilidad y profesionalismo.

El 22 de agosto de 2017 el promotor del juicio fue citado a diligencia de descargos (fl. 43 y 44), la que se adelantó en la misma fecha desde las 16:00 a las 19:48 p.m. (fls 45 a 60), según consta en el acta arrimada a la actuación. Páez Olarte admitió conocer el Estándar MCA; haber recibido entrenamiento a través de cursos para el manejo de esta herramienta y saber cuáles eran las responsabilidades que tenía. Aceptó que a su cargo estaba la función de monitoreo para los controles de cada proceso; dijo que guardaba los soportes de la verificación en la red en L, pero no tenía soportes del BOF para el 1Q y que para el 2Q la información la extraía del MISS, manejado por Anderson Cabezas; que por esa razón no sacó print. Indicó que montó mensualmente la información y en los *templeits* lo hizo trimestralmente *«El MCA la solicita detallada mensual y la enviada es consolidada trimestral. Yo la estaba consolidando trimestral. Pensé que era la forma de hacerlo realmente»*. Al ser cuestionado sobre el impacto de esta forma de consolidación de datos dijo:

El resultado trimestral, en el impacto es que muy probablemente algunos resultados que se hayan generado como fail hayan sido reportados como pass en el consolidado de las muestras trimestrales. Sin embargo, esto no genera pérdidas operativas, ni reputaciones, ni financieras para el banco. Impacta en el informe consolidado por proceso. El MCA para BOF es un consolidado de las visitas que el grupo BOF hace a las sucursales. Cada visita genera un reporte con los fail que presenta la revisión y son escalados a la gerencia de branches y sucursales para seguimiento y generación de planes de acción.

(...)

Aceptó que el MCA indica que el *test* debe hacerse mensual, pero explicó que bajo su criterio lo hizo trimestral y no tuvo un *checker* que le hiciera la corrección. Luego indicó que realizó el proceso mensualmente, pero no dejó los soportes de la gestión *«mi error por lo que asumo es no dejar los soportes de la validación que yo hago mensual»* *«no tengo el print*

mes por mes del MISS control por control» «Es el error que generó la situación. No fue algo generado por desconocimiento. Dentro de las funciones deben existir soportes. Por tener el *end to end* me dejé llevar por tener el acceso a toda la información pero no tuve presente el haber generado unos print de las revisiones y de los días en los que lo hacía», «He sido tester únicamente para la matriz de *Branches* y no dejé soporte», «Una de las primeras reuniones con el equipo cuando asumí la responsabilidad fue exactamente esa, fue la importancia de tener criterio, fundamento y garantizar que todo lo que se haga debe tener un soporte. Cada revisión y en cada reunión se los recuerdo».

Aclaró que esta última medida no la aplicó porque tenía la tranquilidad de que desde su rol en el proceso podía tener acceso a la información en cualquier momento. Al finalizar la diligencia, manifestó:

Acepto mi responsabilidad sobre no haber generado los soportes que evidencian que mi proceso lo estoy ejecutando de manera correcta, esto conlleva a (sic) que cualquier argumento sobre mi desempeño y los resultados de mi proceso sean cuestionados en su totalidad. Sobre los archivos preliminares, al haber tenido acceso a toda la información nunca fue evaluado ni por mi supervisor el que se pidiera directamente a él. Para el cambio de frecuencia asocié el reporte que genero a InBusines y por esto de esta forma lo consolidaba de forma trimestral. Considero que es un error de mi ejecución hacia el proceso de MCA.

Al rendir declaración de parte el promotor del juicio manifestó que el último cargo que desempeñó fue el de gerente de control y cumplimiento con nivel C11. Manifestó que el 4 de agosto de 2017, envió una comunicación en la que aceptó haber incurrido en inconsistencias en el desarrollo de sus funciones y explicó que notificó a su supervisor, de unas diferencias que encontró sobre un excel que manejaban y que era diferente a lo que él había reportado en los “*templeits*” aprobados por el banco. También, que dejó a consideración la validación de su gestión como gerente y su desempeño.

Aseguró que no dio a conocer errores sino diferencias, que a su cargo está el área de “*Branches*” que es la que genera los informes de todas las sucursales a nivel nacional, y de la cual surgía un reporte en excel que

se conoce como el MISS, en donde se recopilaba la información de las visitas mensuales que hacía el grupo BOF; allí se consolidaban los datos y que fue cuestionado por no tener soportes físicos que lo respaldaran.

Aseguró que la información incluida en los *«templaits y citirisk»* no fue cuestionada, solo hacía falta el excel de conciliación de las visitas. Señaló que el reporte para el *«BRCC»* se hace trimestral, de acuerdo a la política de MCA, *“independiente de que la verificación sea mensual”* *“el Miss no se genera trimestral se genera mensual”*. Confesó que cualquier cambio en la periodicidad de la información puede variar los datos, pero hay que validar cada proceso, pues cada uno tiene una política, un estándar de verificación y tiempos de muestreo y pruebas. Dijo que el MISS o consolidación de resultados de BOF, no hace parte fundamental o es soporte de la política de MCA. Expuso que el error que le imputaron consistió en que la información registrada en el MISS no correspondía a lo que incluyó en el *«citirisk»* y en el *«template de MCA»* que son los últimos soportes aprobados por el banco para la información que posteriormente se genera para el *«BRCC»*. Aceptó que remitió la comunicación porque tuvo conocimiento de la auditoría que se realizaría, ello lo llevó a adelantar una validación para tener todo listo y verificar que las cifras concordaran con lo que reportó. Aseguró que no era su obligación dejar soportes de pantallazos del MCA porque este era simplemente un excel de consolidación de información.

Analizados en conjunto los medios de convicción antes señalados, la Sala estima que la demandada logró demostrar la configuración de las justas causas invocadas en los numerales I y III de la misiva de terminación del contrato a saber:

La frecuencia de los monitoreos documentada en el MCA (Manager's Contro Assessment) está definida como mensual y con esta periodicidad debe ser reportada. Sin embargo, usted ha estado consolidando y reportando el resultado de forma trimestral, en la matriz MCA (Manager's Control Assessment) entregada a las áreas de In Business y de Branches, lo cual distorsiona el resultado del indicador

Para el 2Q 2017 (marzo, abril y mayo), usted no dejó evidenciado en papel de trabajo y/o documentación, el monitoreo efectuado, es decir, no existen

soportes del cálculo de los indicadores que justifiquen el resultado que usted reportó como aprobado («pass»).

De la simple lectura de los correos electrónicos del 10 de julio y 4 de agosto de 2017 (fl. 68 a 72), del acta de diligencia de descargos y de la declaración de parte, la Sala extrae que el accionante conocía el contenido y alcance de MCA, fue capacitado para aplicarla, era consciente de que debía adelantar un proceso mensual, con base en la información que era remitida por el BOF con los resultados de las visitas realizadas a las oficinas y que Anderson Cabezas ingresaba al «MISS», también sabía que de cada proceso debía dejar soporte o constancia, y pese a ello, no lo hizo, aun cuando expresó que fue enfático con su equipo de trabajo para que adelantar esta práctica.

Importa señalar que aunque el demandante asegura que realizó el proceso mensual y que los datos al momento de la auditoría variaron porque la información que estaba registrada en el «MISS» no era la misma con la que realizó la validación mensual, no hay prueba de ello porque, se reitera, el actor aceptó que no tenía soportes del BOF para el 1Q y que para el 2Q la información la extraía del «MISS», que era manejado por Anderson Cabezas y por esa razón no sacó *print*. Llama la atención que para el 2Q, el actor desde la responsabilidad y jerarquía de su cargo manifieste, que se confió de la información registrada en el MISS y por eso no tomo ninguna captura de pantalla y ahora sostenga que este era apenas un archivo de excel inseguro porque podía ser manipulado por diferentes actores, cuando esa misma circunstancia debió ser la que lo impulsara a dejar los soportes correspondientes, tal como se lo imponía el MCA, según quedó transcrito líneas atrás.

Aun cuando el actor argumenta que abiertamente y en cumplimiento de sus deberes informó sobre la inconsistencia detectada en los registros, lo que se observa es que lo hizo porque auditoría le solicitó ciertos datos, y previo a su entrega realizó la validación que le permitió identificar las inconsistencias generadas por los procesos que debió efectuar mensual y no trimestralmente, como aceptó haberlo hecho.

Es preciso señalar que el accionante indica que fue citado a diligencia de descargos en la misma fecha en que esta se realizó, que no tuvo la oportunidad de aportar pruebas y que la sesión fue exhaustiva, empero lo que se evidencia es que al menos desde el 6 de agosto de 2017 rindió un informe espontáneo a través de correo electrónico que no dista, en términos generales, de lo que manifestó en los descargos. Así, desde esta fecha y hasta el 22 de agosto de la misma anualidad tuvo la oportunidad de documentarse y acopiar lo necesario para dar las explicaciones correspondientes, razones que llevan a la Sala a concluir que no le fue vulnerado el derecho al debido proceso.

En la carta de terminación del contrato la demandada invocó los numerales 1 y 5 del artículo 58 del Código Sustantivo de Trabajo; el artículo 62 subrogado por el artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, literal a) numeral 6 y los artículos 47 literales e) y g), 51 numerales 1 y 5 y 56 literal f).

El artículo 47 del reglamento interno de trabajo se refiere a los deberes de los trabajadores; en los literales e) y g) se lee: *«Ejecutar los trabajos que le confíen con honradez» «Ser verídico en todo caso»*. En el artículo 51 se listan las obligaciones del trabajador y, en lo que importa al proceso, contempla: *«Realizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar los preceptos de este Reglamento y acatar y cumplir la órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la empresa o sus representantes según el orden jerárquico establecido» «Comunicar oportunamente a la empresa las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios»*.

El artículo 56 literal f) hace alusión a las faltas graves, de las que vale destacar *«La violación grave por o parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias»*.

La Sala de Casación Laboral, en sentencia CSJ SL 10 mar. 2012, rad. 35105, adoctrinó que le compete al juez calificar la gravedad de la

conducta cuando se controvierten los supuestos contenidos en el numeral 6º, letra A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, así:

[...] sobre la hermenéutica del citado texto normativo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras sentencias en la proferida el 18 de septiembre de 1973, en la cual se dijo:

“Es indudable que en el numeral 6º del aparte a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.

“En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (...)

‘En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo...’

“El diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edición 1970 dice que falta en su segunda acepción es: <Defecto en el obrar, quebrantamiento de la obligación de cada una> y en cuanto a la violación indicada: <Acción y efecto de violar>, y define el verbo violar como <infringir> o quebrantar una ley o precepto’.

“Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que, si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

“En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta...”

De la lectura integral de la misiva que puso fin a la relación laboral se extrae que la demandada en el Reglamento Interno no incluyó las conductas endilgadas al demandante como graves. Empero la Sala estima que estas revisten tal carácter, pues al ejercer el cargo de MCA Coordinator era «primera línea de defensa» en el marco de gestión de control en el banco y su empleador le confió la tarea de administrar los riesgos y controles

operativos dentro de su ámbito de competencia, relativo a diseñar controles que mitiguen los riesgos identificados; garantizar que los controles funcionen de manera efectiva y que las actividades de monitoreo y evaluación de detección revelen debilidades significativas o sistémicas para el logro de los objetivos y actividades del negocio, según está dispuesto en MCA 2.1 Visión General – Marco de Control (fl. 858).

Además, el Manual de Conducta le enseñaba: *«Usted es responsable de la integridad de los datos y la información, incluso de los reportes y documentos que usted controla. Los registros deben llevarse de manera suficientemente detallada para reflejar con precisión todas las operaciones de Citi...»* (fl. 418). Así las cosas, las acciones y omisiones del actor, cuestionadas en este proceso, revisten gravedad no solo porque se constituyen en una falta a las obligaciones previstas en diferentes documentos y admitidas en distintas oportunidades por el actor, sino porque se trataba de un trabajador con una trayectoria de más de 17 años en el Banco (fl. 541), que suponía un nivel de confianza elevado en sus capacidades y discernimiento.

También, era conocedor, desde su cargo, de los controles y evaluaciones que debía realizar en los procesos asignados, pese a ello, en un acto deliberado y al menos en dos trimestres, tomó la decisión de aplicarlos con una periodicidad diferente y sin guardar los soportes correspondientes, tal como MCA se lo imponía, con ello, actuó en contravía de la responsabilidad que su cargo supone en la protección de los activos tangibles e intangibles de su empleador y sus clientes, y con el manejo prudente del riesgo.

No pasa por alto la Sala que el demandante informó a sus superiores sobre las diferencias que halló en la información, pero no lo hizo porque en ejercicio de sus responsabilidades lo hubiera detectado, más bien, porque en el banco se estaba adelantando un proceso de auditoría para el cual le fue solicitada información, y al prepararla, se percató de las inconsistencias y el hecho de reportarlas inmediatamente era su obligación no un acto loable, como lo consideró el juzgado.

Vale destacar que el control del riesgo, no es de menor importancia para una entidad como la demandada, que basa su continuidad en la credibilidad que pueda tener en el mercado y la confianza que sus clientes depositen en ella, por manera que cualquier acción u omisión en el manejo del riesgo puede impactar los recursos propios y de terceros, y la reputación de la entidad financiera. En consecuencia, no era necesario que el banco hubiera sufrido pérdidas económicas para definir que la conducta del actor fue grave, pues el potencial riesgo ya le otorga este carácter y justificadamente rompe la confianza del empleador en la gestión del trabajador.

De esa suerte, para la Sala, el accionante incurrió en una falta grave comprobada por la demandada que ameritaba la terminación del contrato con justa causa, por lo que la Sala revocará la sentencia de primera instancia para, en su lugar, absolver a la demandada de las pretensiones.

No se causan costas en la apelación. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 3 de diciembre 2020, para en su lugar absolver a la demandada.

Sin COSTAS en la apelación. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada 015-2017-00689-01



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 015 2020 00035 01
DEMANDANTE: MARTHA CECILIA GUZMAN AGUDELO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de julio de 2021.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se coligió que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229

Constitución Política), por carecer de “congruencia interna” que, según la Sala de Casación Laboral “(...) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado el 21 de agosto de 2002 a través de la AFP Santander, hoy Protección S.A., y se tenga válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, se ordene el regreso automático a Colpensiones con la totalidad de aportes, rendimientos financieros, bono pensional y la actualización de su historia laboral. Se disponga a las

demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 18 de marzo de 1963, empezó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida a partir del 15 de abril de 1984. Se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Santander, hoy Protección S.A. el 21 de agosto de 2002. Adujo, que la AFP no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen, tampoco sobre sus características. Refirió que conforme a proyección pensional realizada por el fondo, allí accedería a la garantía de pensión mínima, entre tanto, en Colpensiones su mesada ascendería a \$1'913.518. Que reclamó a las demandadas el traslado de régimen (fl. 2 a 8).

La AFP Protección S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó la fecha de natalicio de la actora, la proyección pensional, la reclamación y su respuesta. Manifestó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, *«reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «inexistencia de la obligación de devolver al seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»* y las demás declarables de oficio (fl. 30 a 40).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la demandante, el traslado de régimen, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no le constan o no son hechos los restantes. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y las demás declarables oficiosamente (fl. 73 a 76).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante sentencia del 8 de julio de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, el 21 de agosto de 2002, a través de Santander, hoy Protección S.A. En consecuencia, ordenó esta trasladar a Colpensiones los recursos que obran en la cuenta de ahorro individual. A esta última a reactivar la afiliación y acreditar efectivamente cotizadas las semanas, como si nunca se hubiese trasladado de régimen. Declaró no probadas las excepciones y se abstuvo de imponer costas (fl. 110 a 112).

Como sustento de su decisión, señaló que en aplicación de la línea jurisprudencial fijada por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia es dable determinar que Protección no cumplió con la carga de demostrar que cumplió con el deber de brindar información a la demandante al momento del traslado y esta obligación no se suple con la simple presentación del formulario suscrito, por esto resulta procedente declarar la ineficacia pretendida.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL,

9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió

con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

V. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas de folios 13 y 84, la actora se afilió al ISS el 16 de abril de 1984, migró al RAIS, administrado por Santander, hoy Protección S.A. el 21 de agosto de 2002 (fl. 67).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la época del traslado trabajaba al servicio de la Empresa de Teléfonos de Armenia, allí representantes del fondo le indicaron que al trasladarse podía pensionarse más joven y con una mesada superior. Refirió que desea trasladarse porque se siente engañada ya que la AFP le ofrece como mesada pensional un salario mínimo, financiado por el Gobierno. Expuso que confió en la información que le dieron, por esto nunca buscó retornar al ISS. Admitió que le llegan extractos, que ha cambiado de empleadores y actualmente cotiza como independiente, pues está vinculada mediante contrato de prestación de servicios.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de

vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, razón por la cual la sentencia será modificada pues el Juez de conocimiento declaró la nulidad de la afiliación o el traslado.

Por tanto, la AFP deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, los bonos pensionales, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a los que hubiere lugar, así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de julio de 2021, el que quedará : DECLARAR ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual adelantado por al demandante el 21 de agosto de 2002, a través de la AFP Santander hoy Protección S.A. a la cual se le ordena trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la accionante, los rendimientos, los bonos pensionales, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. A Colpensiones a recibir los recursos y tener a la demandante como su afiliada, sin solución de continuidad. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaración de voto



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 016 2019 00126 01
DEMANDANTE: BEATRIZ AGUDELO VALENCIA.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por las demandadas AFP Colfondos S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de noviembre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de Colfondos S.A. realizada en mayo de 1995 y se encuentra válidamente vinculada a Colpensiones. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el capital y los rendimientos financieros acumulados en la cuenta individual y reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, junto con las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 6 de diciembre de 1956 y se afilió al Instituto de Seguro Social en mayo de 1985 donde cotizó 383 semanas. En abril de 1995 se trasladó al régimen de ahorro

individual a través de la AFP Colfondos S.A. Adujo que el promotor del fondo le informó que el ISS iba a acabar, que tendría una pensión más elevada en el fondo privado, sin embargo no le entregó proyección de la mesada pensional que podría obtener, ni le explicó e ilustró sobre las características de cada uno de los regímenes. En febrero de 1998 se trasladó a ING, AFP que tampoco le proporcionó información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de permanecer en el RAIS. En diciembre del año 2000 se cambió a Porvenir S.A., época en la cual aún podía regresar a Colpensiones, sin que tal situación le fuera informado por el fondo. Narró que Porvenir S.A. realizó simulación según la cual la mesada que obtendría sería de \$781.242, entre tanto, en prima media ascendería a \$1'291.509. Finalmente, que le fue negada la solicitud de traslado (fl. 62 a 75).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió las fechas de nacimiento de la demandante y de la reclamación administrativa, la afiliación a Porvenir, la proyección pensional, la petición de traslado. Manifestó que no le constaban los restantes hechos. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, la caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, buena fe y las demás declarables oficiosamente. (fl. 134 a 139).

La AFP Porvenir S.A., se opuso al éxito de las pretensiones. Aceptó el natalicio de la accionante, la afiliación al fondo y la reclamación de traslado. Manifestó que no son ciertos o no le constaban los demás hechos. En defensa de sus intereses, propuso la excepción previa de falta de integración de litisconsorcio necesario y las de mérito 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 (fl. 172 a 190).

Por su parte, la AFP Protección S.A., rechazó las aspiraciones. Admitió solo la fecha de nacimiento de la actora. Manifestó que no le

constaban los demás hechos. Propuso las excepciones inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver al seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y las declarables de oficio (fl. 406 a 414).

Por auto del 19 de abril de 2021, se tuvo por no contestada la demanda respecto de Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. (fl. 309 y 310).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 18 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual. En consecuencia, ordenó a Porvenir S.A trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia. Ordenó a Colpensiones recibir los dineros y efectuar los ajustes en la historia pensional. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas (fl. 444).

Como sustento de su decisión, señaló que al momento del traslado de régimen la demandante no recibió información clara, suficiente y oportuna que le permitiera tomar la decisión de cambiar de régimen de manera informada, hecho que no puede tenerse por demostrado únicamente con la suscripción del formulario que apenas supone un acto libre de vicios del consentimiento.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones apelaron lo resuelto.

Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia, por considerar que no es dable exigir a la AFP acreditar requisitos distintos a los previstos en la norma para la época del traslado. Sostuvo que no es dable exigir a los fondos privados brindar información a los potenciales afiliados sobre las demás ofertas o posibilidades del mercado. Argumentó que la inconformidad en el monto de la pensión no habilita el retorno a RPM de quien está incurso en una prohibición legal en razón de la edad. Sostuvo que la demandante realizó actos de relacionamiento en el RAIS, materializados en el cambio entre AFP. Solicitó revocar la sentencia en cuanto ordenó trasladar los gastos de administración y comisiones debidamente indexadas, por considerar que dichas sumas fueron descontadas por disposición legal. Además, la demandante va a trasladarse con los rendimientos que el RAIS generó y que superan en un 300% el valor de los aportes, por ello es inadmisibile desconocer la gestión de la administradora y pagar a Colpensiones de manera retroactiva una administración que jamás realizó. Finalmente indicó que los gastos de administración no integran el capital que financia la pensión por lo que son susceptibles de prescribir.

Colpensiones suplicó revocar la sentencia en cuanto le ordenó pagar costas del proceso, pues actuó siempre de buena fe y con apego a las previsiones legales.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito

sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas la actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales ISS, el 18 de diciembre de 1988 (fl 434), migró al RAIS, administradora Colfondos el 28 de abril de 1995, se cambió a ING S.A. 1 de abril de 1998 a Horizonte S.A. se afilió el 1 de enero de 2001, y a partir del 1 de enero de 2014 en adelante ha estado vinculada a Porvenir S.A.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la época del traslado estaba vinculada laboralmente al Ministerio de Comercio Exterior, a su puesto de trabajo se acercó un asesor de Colfondos quien le manifestó que el Instituto de Seguro Social atravesaba problemas y era posible que se acabará, por lo cual, la mejor opción era cambiarse a Colfondos, donde se pensionaría de manera anticipada y con un monto superior, pero no le explicó cómo ello sucedería. Indicó que suministró la información consignada en el formulario y suscribió este documento. Aceptó que se trasladó entre fondos.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios,

diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.» (CJS SL 5686-2021). En consecuencia, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Colfondos S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

Por tanto, Porvenir S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias

utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por lo que la decisión se modificará en esta parte.

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Colfondos y Protección S.A., de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Finalmente, estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, esta Corporación le dispuso recibir los recursos y actualizar la historia laboral.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de noviembre de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de condenar a las AFP Colfondos y Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



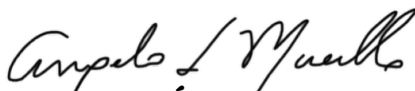
LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaración de voto



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 017 2019 00142 01
DEMANDANTE: JAIRO ALFONSO LIZARAZO SALCEDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por las demandadas AFP Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de agosto de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de *“congruencia interna”* que, según la Sala de Casación Laboral *“(…) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive”* (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con *“miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta”*. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la nulidad del traslado y afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A., y válidamente afiliado a la administradora del régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia,

se condene a la última a entregar a la AFP a reconocer y pagar daños y perjuicios de orden moral y material causados; a trasladar a Colpensiones el capital de la cuenta individual junto con los rendimientos financieros y demás valores a que haya lugar. A esta aceptarlo y recibirlo como su afiliado. Se condene a Protección S.A. reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 1 de enero de 1961 y cotizó 484,86 semanas al Instituto de Seguros Sociales. El 4 de agosto de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A. Adujo que un representante del fondo lo visitó en el lugar de trabajo, le informó que el Instituto de Seguro Social quebraría, y por ello lo mejor era trasladarse para pensionarse a la edad que quisiera, con un monto superior, pero no le explicó cómo sucedería, no le informó sobre las características de cada régimen, sus diferencias y en general, las implicaciones que el cambio tendría en su futuro pensional. Relató que en 2012, el fondo le ofreció reasesoría pensional. Según proyección, la mesada que recibirá en el RAIS es de \$4'461.259, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$9'397.303. Finalmente, que solicitó retornar al régimen de prima media (fl. 7 a 35 expediente digital).

Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió la data de nacimiento del actor, el traslado al fondo privado, la vinculación al ISS, las semanas cotizadas. Manifestó no constarle los demás hechos. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (fl. 123 a 146 y 297 a 302 subsanación).

La AFP Protección S.A se opuso a la prosperidad de las peticiones. Aceptó la vinculación al régimen de prima media, el traslado entre administradoras, las semanas cotizadas y la proyección pensional,

Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los restantes hechos. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, *«reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»*, *«inexistencia de la obligación de devolver al seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»*, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal y las declarables de oficio (fl.169 a 205).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 20 de mayo de 2021, declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción propuestas por las demandadas. Declaró que actor se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por Colpensiones, entidad que tiene la obligación de validar su vinculación, sin solución de continuidad, pues el traslado de régimen es ineficaz. En consecuencia, condenó a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones, sumas adicionales, bonos pensionales, rendimientos e intereses, que se hubiesen causado sin efectuar descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deben ser asumidos por esa entidad de su propio patrimonio. Condenó a Colpensiones a recibir el traslado y actualizar la historia laboral e impuso condena en costas a favor de las demandadas (fl. 366 a 368).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP tenía la obligación de brindar al accionante información clara, cierta, compresible y oportuna, de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado del régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Protección S.A. solicitó revocar la sentencia en cuanto ordenó la devolución de gastos de administración, pues estas sumas fueron descontadas por mandato legal, retribuyeron la buena gestión que generó rendimientos los cuales se envían a Colpensiones, entidad que nunca administró los recursos y por ello se configuraría un enriquecimiento sin causa. Expuso que estos recursos no constituyen el capital para financiar la pensión por lo que pueden ser afectados por la prescripción. De otro lado, señaló que si bien no se configuró ningún siniestro de invalidez o muerte no hay lugar a devolver las sumas que mantuvieron cubierto al actor contra estos riesgos.

Colpensiones suplicó revocar la decisión al bajo el argumento que el demandante se encuentra incurso en una prohibición legal de regresar a prima media en razón a la edad. Precisó que la AFP demostró que brindó asesoría de conformidad con las exigencias legales vigentes para el momento del traslado y no es viable pretender que acredite requisitos incorporado con posterioridad al ordenamiento jurídico.

Arguyó que la AFP Protección en todo caso demostró que le brindó reasesoría al accionante, en la que le puso de presente la pensión que le sería otorgada y le comunicó que tenía hasta el 30 de noviembre de 2012, para regresar a prima media y pese a que suscribió el documento y dejó consignado que no le convenía continuar vinculado a la AFP, decidió aplazar el traslado, el cual en últimas no materializó.

Sostuvo que la voluntad de estar vinculado se ratificó con los más de 25 años en que el actor estuvo afiliado al fondo, en los que realizó cotizaciones, sin buscar nunca ilustrarse sobre las condiciones en que se pensionaría en alguno de los dos regímenes, pese a que las características de cada sistema están previstas en la ley, faltando a sus deberes como

consumidor financiero. Reclamó que de confirmarse la sentencia en aras de garantizar el principio de sostenibilidad financiera y de igualdad de los afiliados se debe ordenar la devolución de los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual, como gastos de administración y seguros.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la

existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas allegado por Protección S.A. de folio 33, el actor se afilió al Instituto de Seguro Social el 2 de septiembre de 1985, migró al RAIS, administrado por Protección S.A. el 1 de septiembre de 1995 (fl 206).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la época del traslado a su lugar de trabajo se presentó un asesor del fondo quien en reunión con varios empleados informó que el ISS iba a quebrar, por lo que perdería la pensión, por ello lo más conveniente era el traslado, pues en la AFP que era una entidad especializada en la que el dinero no se

quedaría quieto, generaría utilidad y ello permitiría obtener una mejor pensión a cualquier edad o retirar el dinero cuando quisiera; razones que lo llevaron a firmar voluntariamente el formulario. Expuso que en 2012, tuvo interés por saber cómo se iba a pensionar y solicitó reasesoría a la AFP, allí le ofrecieron tres posibilidades una de ellas indicaba que la pensión en el ISS sería superior, la que no acogió porque el asesor le indicó que con el movimiento de su dinero obtendría rendimientos financieros y al final la pensión sería la misma y fueron estas la razones las que lo llevaron a aplazar el traslado.

A solicitud de la parte actora fue decretado y practicado el testimonio de Edgar Obando Bernal, manifestó fue compañero de trabajo del accionante desde 1994, refirió que en la empresa en 1995, se adelantó una reunión en virtud de la cual se trasladaron de régimen, pues el representante del fondo les explicó que el ISS se acabaría y que la mejor opción que tenían era trasladarse a Protección que era un fondo sólido y rentable en virtud de las inversiones que realizaba, que podrían retirarse cuando quisieran. Aseguró que no se explicaron los requisitos para acceder a la pensión. El deponente manifestó que regresó a Colpensiones porque estuvo incurso en un conflicto de múltiple vinculación,

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de

vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

«Se reitera que el estudio de la acción de inejecución se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la inejecución en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.» (CJS SL 5686-2021). En consecuencia, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de inejecución de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que Protección faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la inejecución del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019)

Por tanto, la susodicha, administradora, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por lo que la decisión se modificará en esta parte.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto

con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta sentencia.

Impone señalar que la acción de ineffectividad es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de mayo de 2021, el cual quedará del siguiente tenor condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar

el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia para declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaración de voto



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 20 2019 00348 01
DEMANDANTE: ÁNGEL MARÍA MENDOZA ANAYA
DEMANDADO: TRANSPORTES NOVOTECH SAS

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala analiza en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de diciembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió se declarare la existencia de un contrato de trabajo, desde el 10 de marzo de 2008 hasta el 15 de mayo de 2016. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar diferencias causadas en cesantías, prima de servicio y vacaciones, indemnización por no consignación de cesantías a un fondo, sanción moratoria e indexación, los derechos a que haya lugar, en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 10 de marzo de 2008 se vinculó a la demandada como conductor con disponibilidad de tiempo completo, de lunes a domingo, en las rutas asignadas por el empleador entre Rubiales, Buenaventura, Bogotá, Cartagena, Tocancipá, Facatativá y otras ciudades. Pactaron como salario \$461.500, únicamente con el fin de formalizar la vinculación a la empresa y la afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral, empero, como retribución, en realidad recibió el

salario mínimo legal mensual vigente, más el 10% del producido bruto del vehículo, por ello, percibió el pago de sumas variables mes a mes que oscilaron entre \$900.000 y \$4.020.000. La demandada liquidó y pagó prestaciones sociales y aportes a seguridad, siempre sobre el salario mínimo fijado para cada anualidad (fls. 4 a 12 expediente digital).

La demandada se opuso a las súplicas excepto a la declaración de existencia del contrato y sus extremos. Admitió el vínculo laboral, que se pactó como salario el mínimo legal mensual vigente, con base en el cual se realizaron los aportes a seguridad social; que el demandante no recibió llamados de atención. Manifestó que no son ciertos los hechos restantes. Propuso las excepciones de inexistencia de la causa invocada, ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, buena fe, prescripción y las demás declarables de oficio (fls. 227 a 255 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de diciembre de 2020, absolvió a la demandada y condenó en costas al accionante (expediente digital).

En lo fundamental, señaló que no existe duda sobre la existencia del vínculo de trabajo y sus extremos; no obstante, el accionante no demostró por ningún medio, que recibió como retribución a su servicio sumas adicionales al salario mínimo, en virtud del producido bruto del vehículo que operaba, por lo que no es posible ordenar la reliquidación de ninguna acreencia laboral. Preciso que el cuaderno aportado por el demandante, no le sirve para soportar las aspiraciones de la demanda.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a la decisión.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a las pretensiones del demandante, corresponde conocer el asunto en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura definir si el actor tiene derecho al pago de diferencias en cesantías, primas de servicio, vacaciones y aportes a seguridad social.

Se encuentra al margen de la discusión que el demandante prestó servicios a la demanda, desde el 10 de marzo de 2008 hasta el 15 de mayo de 2016, que como retribución se pactó el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

De conformidad con los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1 del Convenio 95 de la OIT, constituye salario *todo* aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277).

La jurisprudencia laboral ha resaltado la función social del salario al referir que constituye un elemento esencial del trabajo subordinado y sirve de fuente principal de sostenimiento para el trabajador y su familia. Además, es un parámetro fundamental para la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y aportes a la seguridad social, por consiguiente, resulta de gran importancia su definición y delimitación en cada caso. Sobre este particular, en la sentencia CSJ SL5159-2018 reiterada en CSJ SL 5146-2020, expresó:

En cuanto a su función, el salario, además de ser el valor con el que el empresario retribuye el servicio o la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, también cumple una misión socioeconómica al procurar el

mantenimiento o subsistencia del trabajador y su familia. Por esto, a nivel constitucional y legal goza de especial protección a través de un articulado que garantiza su movilidad, irrenunciabilidad, inembargabilidad, pago, igualdad salarial, prohibición de cesión, garantía de salario mínimo, descuentos prohibidos, entre otros (arts. 53 CP y 127 y ss. CST).

Adicionalmente, la definición del salario es un asunto sensible para el trabajador, su familia y su futuro de cara a las contingencias a las que está expuesto. A partir de él se determina la base de liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, cotizaciones a la seguridad social y parafiscales, así como el valor de los subsidios por incapacidad laboral, indemnizaciones a cargo del sistema de riesgos laborales, pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia. De allí la importancia de que en su fijación se tengan en cuenta los elementos retributivos del trabajo.

Por su parte, el artículo 128 de la misma obra sustantiva laboral señala que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes.

Conforme a lo expuesto, se concluye que es salario *«todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte»*, de lo que sigue que, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico del que se haga uso, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá en virtud del principio de la primacía de la realidad prevista en el artículo 53 de la Constitución Nacional, el carácter salarial.

El demandante aportó certificado expedido por la accionada el 25 de junio de 2013, en la que se indica que presta servicios como Conductor Profesional de tracto camión, en transporte de hidrocarburos, mediante contrato a término indefinido y con asignación básica de \$800.000 (fl. 20).

Certificado adiado del 19 de enero de 2015, en el que se relaciona el mismo salario (fl. 19 expediente digital). Aportó liquidación final del contrato en la que se relaciona el salario básico \$689.455, auxilio de transporte \$77.700, salario base para liquidación de prima y cesantías \$815.225,33, salario base para liquidación de vacaciones \$689.455 (fl. 22 y 23). Trajo también certificación de la AFP Porvenir S.A., en la que se verifican las cotizaciones realizadas al régimen de prima media y algunas al régimen de ahorro individual, pero no en el periodo en que el actor prestó servicios a la demandada, razón que impide verificar la base de cotización utilizada.

El demandante también allegó a folios 18 a 209, lo que parece ser un cuaderno con anotaciones a mano, en las que se relacionan desplazamientos y unas cifras correspondientes a «*anticipos, gastos y sueldo*». Empero este documento no puede ser considerado como prueba pues, no existe certeza sobre quien lo elaboró, no está probado que proviene de la demandada o uno de sus representantes, tampoco se le atribuyó su elaboración, por lo que tampoco le correspondía desconocer su contenido o tacharlo de falso. Es más, al rendir declaración de parte el demandante únicamente señaló que esos cuadernos correspondían a la totalidad de la relación laboral.

Al rendir declaración de parte, el representante legal de la demandada Luis Gabriel Gaitán Godoy, en lo que importa al objeto del litigio dijo que al demandante no se le pagó el 10% al que hace referencia en la demanda y que tal erogación resulta ilógica, pues sería muy costoso y llevaría a la quiebra a la empresa pagar semejante porcentaje al conductor. Indicó que los vehículos con que opera la compañía son de su propiedad, no administra automotores de terceros, los conductores no son socios, son trabajadores a quienes se les paga el salario pactado en el contrato y se les proporcionan unas sumas de dinero, no para enriquecer su patrimonio o como salario, sino para cubrir la totalidad de los gastos del viaje incluidos la operación normal del tracto camión combustible, peajes, parqueaderos, arreglos etc, y los gastos de hospedaje y alimentación.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante indicó que en los cuadernos que aportó corresponden a la vigencia de la relación laboral.

Analizados en conjunto los medios de convicción señalados estima la Sala que el demandante incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no probó que mes a mes recibió sumas adicionales al salario básico pactado, tal como concluyó el Juez de conocimiento.

Vale indicar que si bien obra un cuaderno con notas de supuestas sumas entregadas al promotor del juicio, la autoría de este documento no puede imputarse a la demandada, pues no está suscrito por alguno de sus representantes, tampoco cuenta con otros signos, tales como marcas, improntas o sellos que permitan establecer de manera segura, la identidad de su creador o endilgarle a la empresa su autoría. En el mismo sentido la demandada no reconoció como ciertos los hechos relacionados con el pago de sumas adicionales al actor para retribuir su servicio, tan solo admitió que le entregaba dinero para cubrir los gastos de operación del vehículo.

Importa señalar que aunque en la demanda se menciona que el salario pactado fue el mínimo legal mensual vigente, la accionada certifica que para los años 2013 y 2015, la remuneración fue de \$800.000, no obstante, ello no llevaría a imponer condena alguna como quiera que en los hechos 100 a 103, se indicó que sobre esa base en 2013, 2014 y 2015, la accionada liquidó las prestaciones sociales y vacaciones y en el año 2016, lo hizo sobre un salario de \$815.000, según se puede leer en el hecho 104.

Bajo este panorama la Sala confirmará la sentencia analizada.

No se causan costas en el grado de jurisdicción.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2020 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Sin COSTAS en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada