



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- **004-2021-00048-01**

Demandante: MARTHA RUBY ARCILA VÁSQUEZ

**Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE
FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A**

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre del mismo año, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la accionada Protección S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, el 31 de enero de 2022. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Martha Ruby Arcila Vásquez, promovió demanda ordinaria laboral para que se declarara la nulidad de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, a través de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección, efectuado el 17 de abril de 1997. En consecuencia, se ordenara a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes que

efectuó al RAIS, junto con las sumas adicionales, saldos con todos sus frutos e intereses, los rendimientos que se hubieren causado y que obran en su cuenta de ahorro individual, a lo ultra y extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó haber nacido 15 de enero de 1966; comenzó su vida laboral, cotizando para efectos pensionales al Instituto del Seguro Sociales ISS, hoy Colpensiones, desde el ciclo de febrero de 1988 al de abril de 1997; que aportó un total de 335 semanas aproximadas en el ISS; que se trasladó al RAIS, por medio de Protección S.A. el 17 noviembre de 1997, lo cual efectuó sin tener información concreta y veraz de las consecuencias de su decisión, dado que se omitió dar información de las ventajas y/o desventajas sobre el traslado o cambio de régimen pensional, del de prima media al de ahorro individual, entidad que no le brindó una información completa, clara, veraz, oportuna y suficiente sobre las diferencias entre uno y otro régimen, ni las desventajas del RAIS y mucho menos las implicaciones del traslado.

Explicó que, para el año 2012, Protección S.A. le hizo firmar un formulario de «reasesoría», pero no le explicó cuál era el límite temporal para que se pudiera trasladar al régimen de prima media administrado por Colpensiones; ni existe constancia alguna de la que se pueda inferir que le fue suministrada información pertinente de cuál podría ser el futuro pensional en los dos regímenes pensionales.

Agregó, que mediante escrito del 22 de octubre de 2020 solicitó a Protección S.A. toda la información que esa entidad le suministró al momento de la afiliación, así como también la anulación del traslado de régimen, a efectos de retornar al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, la que fue negada mediante comunicación del 4 de noviembre del mismo año, bajo el argumento que se trasladó de manera libre y voluntaria además le faltan menos de 10 años para adquirir el estatus de pensionada, entre otros aspectos.

De la misma manera, radicó de manera virtual el 22 de octubre de 2020, solicitud de anulación del traslado de régimen pensional realizado, a la hoy Administradora del Régimen de Prima Media, Colpensiones, la cual dio

respuesta negativa el 26 de octubre de la misma anualidad (Exp. Digital: 01DemandaYAnexos. Págs. 8 a 22).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (AFP) Protección S.A. rechazó las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la edad del accionante, la afiliación al RAIS, pero en una fecha distintita a la mencionada en la demanda, negando o indicando no constarle los demás supuestos.

En su defensa, argumentó que todas sus actuaciones están precedidas por la buena fe y la legalidad, es por lo anterior que todas las personas afiliadas a esta Administradora de Fondos de Pensiones lo han hecho de forma libre y voluntaria, tal como lo manda el artículo 13 de la ley 100 de 1993, prueba de lo anterior, es el formulario de afiliación mediante el cual la demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento, esto se evidencia en el aparte del formulario, voluntad de selección y afiliación suscrito por la demandante.

Presentó como excepciones de mérito, las 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 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»* e *«Innominada o Genérica»* (Exp. Digital: 04ContestacionProteccion, Págs. 3 a 22).

A su turno, Colpensiones también se opuso a las pretensiones de la demanda, y en cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la edad, vinculación en un inicio al régimen de prima media y posteriormente el traslado a una administradora de fondo de pensiones privada – AFP –, sin que los constaran los demás supuestos.

Como razones de defensa, afirmó que la demandante está inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, haciendo imposible su traslado de régimen, además no acredita los supuestos legales para que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado del RPM al RAIS el 17 de noviembre de 1997 al suscribir el formulario de afiliación con la AFP Protección S.A.

Propuso los medios exceptivos de *«la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen», «responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social», «sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación», «el error de derecho no vicia el consentimiento», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del Sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política)», «Imposibilidad volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado», «buena fe de Colpensiones», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «presunción de legalidad de los actos jurídicos», «inexistencia del derecho reclamado» «prescripción» e «innominada o genérica» (Exp. Digital: 05ContestacionColpensiones, Págs. 101 a 115).*

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional de Martha Ruby Arcila Vásquez a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., realizada en 1997 y en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de servicios, estos dos últimos conceptos debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a dicha administradora.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, que una vez se efectuó el anterior trámite acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Protección S.A. [...].

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que conforme con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la expresión libre y voluntaria de que trata el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone la existencia de un conocimiento que sólo se alcanza cuando los afiliados entienden las consecuencias que el traslado puede tener sobre sus derechos prestacionales, por lo que las aseguradoras deben acreditar que suministraron al afiliado una información completa y comprensible, sobre las condiciones de su traslado, so pena de declarar su ineficacia. Preciso que la información debe ser brindada al momento del traslado y no con posterioridad, porque se tornaría inoportuna. Encontró que en el evento que el afiliado manifieste que no recibió la información suficiente, la carga de la prueba se invierte en favor de aquel, por corresponder a un supuesto negativo que no puede ser demostrado por quien lo invoca, en esa medida, señaló que en el presente caso Protección S.A. no le brindó la información completa a la demandante al momento de la afiliación, puesto que el formulario de afiliación sólo contiene la fecha de diligenciamiento y los datos personales y laborales de la actora, sin que se deduzca el cumplimiento del deber por parte de la AFP, reiterando que la prueba de la información dada, debe ser documental, pues allí es donde se puede confrontar la información suministrada al afiliado, sin que el hecho de no ser la actora beneficiaria del régimen de transición sea motivo para no acceder a la ineficacia del traslado. Así las cosas, encontró viable declarar la ineficacia de la afiliación y, por ende, el traslado de todos los valores con motivo de la afiliación de la demandante incluidos los frutos, intereses y rendimientos. Explicó que procede el traslado de los aportes, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones de seguros, pues de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el afiliado de buena fe no está en el deber de restituir los rendimientos generados por sus aportes bajo la AFP accionada, mientras que la entidad debe retornar los gastos de administración y comisiones de seguros debidamente indexados, toda vez que pierden su poder adquisitivo. Con respecto a la excepción de prescripción, aclaró que la acción de ineficacia del traslado no está sujeta al fenómeno de la prescripción por estar ligada al derecho pensional de la demandante.

II. RECURSO DE APELACIÓN

La AFP Protección S.A., apeló parcialmente la sentencia, en cuanto al numeral segundo que ordena a trasladar, además de los conceptos contenidos en la cuenta de ahorro individual, los conceptos que fueron descontados durante el tiempo que la demandante estaba afiliada al régimen de ahorro individual a través de la AFP. En ese sentido, solicitó al Tribunal que revoque esa decisión, teniendo en cuenta que estos descuentos se realizan inclusive dentro del Régimen de Prima Media y en ese sentido, si las cosas vuelven al estado que se encontraban, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, pues lo que se busca en realidad no es atacar al RAIS, sino respetar la libertad de selección de régimen. En ese sentido, la afiliada, al haber permanecido incluso a Colpensiones, también habría sido objeto de estos descuentos en sus aportes durante el tiempo que hubiese permanecido allí.

Entonces alegó debería de acuerdo a la naturaleza misma de los regímenes, determinarse cuál habría sido la rentabilidad que habrían generado estos aportes, sin que, *per se* presuma que por el hecho de que la afiliada hubiese realizado el traslado a Protección deba asumirse que con esto hay una pérdida inclusive en sus aportes en la generación de rentabilidad o que inclusive deba asumirse con cargo su propio patrimonio y con la carga de la indexación unos valores que cumplieron con el deber para lo cual estaban destinados a esos descuentos, como son los gastos de administración, que es la generación de una rentabilidad, como se evidencia dentro de la prueba documental y en el mismo sentido también el cubrimiento de los riesgos de invalidez y de muerte o sobrevivencia, como el seguro previsional.

En ese sentido, señaló que las partes deben asumir tanto las mejoras sobre el bien administrado, como las pérdidas sobre sí mismo, por lo que, si las cosas vuelvan al estado que se encontraban, Protección podría conservar lo que exceden los excedentes de la rentabilidad, de modo que las condenas son excesivas. En esa medida, insistió en que los descuentos fueron efectuados de manera legal, y si se quiere hacer una modificación debe ser de carácter legislativo y no por vía judicial.

Apuntó, que inclusive en este tipo de procesos puede haber una prescripción en estos conceptos de cuotas de administración y de seguro previsional, puesto que no, son descuentos o conceptos que vayan directamente a la financiación de la prestación económica de vejez y también en ese mismo sentido, la norma ya determinará, de acuerdo al Acto Legislativo, 01 de 2005 y la Ley 797 del 2013, en aras de proteger la sostenibilidad financiera del sistema, no siendo dable que por consecuencia de una declaratoria de ineficacia en la aplicación en una línea jurisprudencial que se ha venido desarrollando muchos años después que nacían las administradoras de fondos de pensiones, se tenga que asumir otros cargos económicos que no debe asumir.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión, solicitando que se revoque la decisión. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por MARTHA RUBY ARCILA VÁSQUEZ del RPMPD al RAIS administrado por Protección S.A. y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

III. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en el recurso de apelación los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 15 de enero de 1966; que ii) el 16 de febrero de 1988 se afilió al ISS, entonces administrador del régimen de prima media con prestación definida, y que ii) el 16 de abril de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Protección Pensiones y

Cesantías S.A. (Exp. Digital: «01DemandaYAnexos», Págs. 23, 27; «04ContestacionProteccion», Pág. 34; y «05ContestacionColpensiones», Págs. 75 a 77).

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Bajo ese entendido, se tiene que la demandante alcanzará la edad de 57 años el 15 de enero de 2023, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES el 27 de mayo de 2013 y el 22 de octubre de 2020 y 04 de noviembre del mismo año (Exp. Digital: «05ContestacionColpensiones». Págs. 45 a 47, 67 y 86 a 93), es decir, cuando evidentemente le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según la historia laboral aportada a los autos, tenía 174,29 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: «05ContestacionColpensiones», Págs. 75 a 77), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, ello, al señalar

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo

Al respecto, se precisa, que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*», el régimen que más les convenga; expresión que, conforme a lo dicho por la Sala de Casación Laboral, supone conocimiento, que se alcanza, cuando se sabe de forma completa, las consecuencias que el acto de traslado acarrea.

Así, no puede entenderse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando se desconoce la incidencia de esa acción frente a los derechos prestacionales, siendo obligación de las administradoras, brindar una información clara y suficiente de los efectos que genera el cambio de régimen, so pena de declararlo ineficaz.

Aunado a ello, desde el nacimiento de las administradoras del régimen de ahorro individual, se les impuso la obligación de suministrar información necesaria para lograr la mayor transparencia, como lo dispone el Decreto 663 de 1993, para garantizar una afiliación libre y voluntaria, lo que implica realizar una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, para que el potencial afiliado tenga conocimiento frente a los mismos y pueda compararlos.

Respecto del deber de información, en la sentencia de casación CSJ SL1688-2019, se anotó:

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le

convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

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

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a

conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas». (negrillas de la sentencia).

Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b),

271 y 272 de la Ley 100 de 1993, implica la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019 y genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba, como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a Colpensiones, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2208-2021 y CSJ SL2209-2021).

En cuanto a las consecuencias de la inobservancia del deber de información, conviene recordar que la reacción del ordenamiento jurídico frente a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. De consiguiente, su examen debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al *status quo ante*, art. 1746 CC, CSJ SL1499-2022).

Asimismo, en estos asuntos, no puede exigirse una proximidad a pensión, pues esas condiciones no han sido previstas por el legislador y tampoco por la jurisprudencia, «*la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo*» (CSJ SL4025-2021).

De otra parte, lo que se juzga en estos asuntos, es la omisión en el deber de información; de allí que la posibilidad de retorno al régimen de prima media con prestación definida no se constituye en argumento con el que pueda avalarse la falta de esa obligación que genera, como con antelación se ha dicho, la ineficacia de ese traslado conlleva a retrotraer las cosas, a su estado inicial, es decir, como si esa acción nunca hubiera existido.

Ahora, en ese contexto decisonal, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan

constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Por otro lado, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Protección S.A., realizado el 16 de abril de 1997, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, tan solo muestra el consentimiento de la señora Arcila Vásquez, pero no, que se hubiera acreditado lo dispuesto en el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, en armonía con el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, lo que implica la ineficacia de la afiliación, sin que de las leyendas preimpresas insertadas en la documental referida, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo, puedan predicarse el cumplimiento del deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (SL1499-2020).

De otra parte, frente al argumento de Protección S.A., según el cual no hay lugar a transferir los gastos de administración, comisiones y rendimientos, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes por pensión junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989 reiterada en la CSJ SL1501-2022:

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

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido,

los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Asimismo, el fallo de primera instancia tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

En virtud de lo señalado en la providencia CSJ SL2877-2020, se modificará el ordinal segundo de la mentada sentencia en el sentido de que se condena a Protección S.A. a 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, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia (CSJ SL4964-2018, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021), durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. 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.

En otro giro, es importante destacar que en la sentencia CSJ SL2877-2020 reiterada en la CSJ SL1499-2022, se deja sentado la postura del alto Tribunal respecto a los efectos de la ineficacia, con relación a las restituciones mutuas que deban hacerse los contratantes, en este caso los sujetos de la relación jurídica de la afiliación como lo son las administradoras de pensiones. Al respecto dijo lo siguiente:

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos,

porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.
[...]

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al *fondo de solidaridad pensional* para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 *ibidem*–.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «*las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder*», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, y CSJ SL4360-2019 y SL4062-2021).

Los demás medios exceptivos también se tendrán como no probados, dado el resultado del proceso y lo señalado en precedencia.

Lo anteriormente expuesto resulta suficiente para confirmar la decisión proferida el 31 de enero de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá. Así se decidirá, sin costas en esta instancia ante su no causación.

IV. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

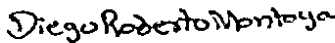
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.


ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCIA

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Proceso de Ordinario Laboral: 110013105-005-2020-00096-01

Demandante: DIANA MARCELA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ

**Demandada: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE
BOGOTÁ S.A. E.S.P.**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación formulado contra la decisión de primera instancia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrada Sustanciadora, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-1162 del 30 de septiembre del mismo año, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado judicial de la demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

Diana Marcela Rodríguez Martínez instauró demanda ordinaria laboral para que se declarara la existencia de un vínculo laboral con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá-EAAB ESP desde el 02 de enero de 2013, sin solución de continuidad, en consecuencia se condenara a la demandada al pago del quinquenio establecido en las convenciones colectivas de trabajo vigentes para 2012 a 2014 y 2015 a 2019,

equivalente a 03 salarios básicos, debidamente indexados; los intereses moratorios, a título de indemnización, un día de salario por cada día que ha transcurrido desde la fecha en que la accionada le debió pagar el valor del quinquenio hasta la fecha en que se efectúe el pago y las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que: empezó a laborar para la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. –EAAB, el 2 de enero de 2013, mediante un contrato de trabajo a término fijo por seis meses, el que se prorrogó en tres ocasiones hasta que se modificó en uno a término fijo de un año, aclarando que ha sido una sola relación laboral, cuyo cargo fue el de Auxiliar Administrativo nivel 42, con una remuneración mensual de \$1.268.420; desde que inició su relación laboral le realizaron descuentos con destino al Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos, Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territorios de Colombia «SINTRAEMSDES», por lo que goza de los beneficios de ser miembro de dicha organización sindical, incluyendo la prestación económica denominada Quinquenio a la cual tiene derecho por haber trabajado cinco años continuos a favor de la entidad demandada.

Explicó que el quinquenio al que tiene derecho abarca el periodo comprendido entre el 2 de enero de 2013 y el mismo día y mes del año 2018, razón por la que solicitó a su empleadora el pago del quinquenio, la que fue negada, bajo el argumento que no ha laborado para ella durante 5 años continuos (Exp. Digital: 001. 11001 31 05 005 2020 00096 00, págs. 175 a 182).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. – EAAB E.S.P., contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones. Respecto a los hechos, admitió los relativos a la contratación laboral con la demandante a término fijo y sus respectivas prórrogas, el cargo desempeñado, la remuneración, la existencia de la organización sindical «SINTRAEMSDES», así como las convenciones colectivas pactadas

con ésta última entidad y la prestación convencional denominada «*quinquenio*». Frente a los demás supuestos fácticos invocados, indicó que no le constaban o no eran ciertos.

En su defensa argumentó que: el 2 de enero de 2013 suscribió un contrato de trabajo a término fijo con la demandante, mismo que fue prorrogado en cinco oportunidades hasta el 30 de noviembre de 2015, momento en el que efectuó el pago de la liquidación definitiva de prestaciones sociales; el 02 de diciembre de 2015 suscribió otro contrato con la actora, el cual fue prorrogado en cuatro oportunidades hasta el 15 de diciembre de 2020, es decir que causó el derecho al pago del quinquenio, prestación que ya le fue pagada.

Propuso como excepciones de fondo, las de «*prescripción*», «*falta de título y causa para pedir*», «*inexistencia de la obligación*», «*buena fe*» y «*excepción genérica*» (Exp. Digital: 001. 11001 31 05 005 2020 00096 00, págs. 197 a 212).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el diez (10) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la vinculación laboral de la señora **DIANA MARCELA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ**, sin solución de continuidad, inició el 02 de enero de 2013 y por ende todo derecho legal y convencional se sujetará a esta fecha en cuanto a su antigüedad.

SEGUNDO ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones de la demanda declarando probada la excepción de pago, imputando el pago realizado por la demandada al quinquenio real causado en enero de 2018.

TERCERO: SIN COSTAS para las partes.

Consideró que las partes suscribieron contrato de trabajo a término fijo el día 02 de enero de 2013, el que fue prorrogado varias veces por parte de la demandada, hecho que indica que existía la necesidad del servicio prestado por la demandante como trabajadora oficial.

Mencionó que las convenciones colectivas vigentes para el momento de la vinculación de la accionante consagran el derecho al pago del quinquenio para quienes presten sus servicios por cinco años continuos a la entidad y la convención colectiva vigente en el 2015 establece que el beneficio del quinquenio cobija incluso a los contratos laborales que tuvieron una interrupción por enfermedad profesional o común y hasta 60 días por cualquier otra razón. Explicó que es aplicable el principio de la realidad sobre las formas, toda vez que convencionalmente se finalizó el primer contrato suscrito, no obstante, la necesidad del servicio continuaba por parte de la entidad demandada, así que la verdadera voluntad de las partes era continuar con la vinculación laboral.

Razonó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha señalado que las interrupciones que no sean amplias o de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual, por lo que consideró que no existió ruptura en la unidad contractual, pues al término de un contrato se suscribió el otro, entonces encontró que el vínculo laboral inició el 02 de enero de 2013 y el quinquenio debió ser pagado en enero de 2018, pese a que se realizó en diciembre de 2020, suma que imputó al pago del quinquenio del 2018. Agregó que, para todos los efectos, se tendrá en cuenta la antigüedad de la demandante desde el 02 de enero de 2013.

II. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la demandada presentó recurso de apelación, argumentando que la necesidad de servicio que se presentó fue en razón a que la entidad debía contar con una planta de personal transitoria para atender las funciones del área comercial.

Mencionó que con posterioridad, mediante el Acuerdo 24 se creó una planta de personal definitiva con 1.183 cargos, por lo que se debía implementar un periodo de transición como lo estableció la Convención Colectiva, en consecuencia no ha tenido la voluntad de terminar los contratos en aras de proteger derechos laborales, sino que se creó la

planta definitiva y ahí sí tenía que vincular a esos trabajadores y se liquidó el contrato en debida forma.

Recordó que dichos cambios no fueron realizados de manera unilateral por la entidad, sino que, se pactaron de la mano con el sindicato. Agregó que, no hay unidad contractual entre los dos vínculos laborales, pues la convención colectiva prevé la interrupción del contrato y no la terminación y posterior celebración de otro acuerdo contractual. Resaltó que existió solución de continuidad entre las dos vinculaciones de la demandante, toda vez que se trató de una planta de personal transitoria y luego, una definitiva. Manifestó que la entidad ha pagado cumplidamente las acreencias laborales a los trabajadores, incluido el quinquenio a quienes lo han causado. Por ello, solicitó revocar la sentencia.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la demandada presentó alegatos de conclusión, en similares términos a los expuestos en el recurso de alzada, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación solucionar como problema jurídico si entre la demandante y la sociedad demandada media una única relación laboral, sin solución de continuidad; establecido lo anterior, verificar si hay lugar al pago del quinquenio reclamado.

III. CONSIDERACIONES

Previo a desatar el asunto objeto de estudio, es menester precisar, que no es objeto de controversia la existencia del contrato de trabajo a término fijo, pues fue reconocido por la pasiva desde la contestación de la demanda, así como la comunicación expedida el 16 de octubre de 2019,

por el Director de Gestión de Compensación de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P. (Exp. Digital: 001. 11001 31 05 005 2020 00096 00, págs. 118) y la afiliación realizada por la demandante al sindicato SINTRAEMSDES pues, obra en el plenario la certificación expedida el 18 de noviembre de 2019 por el presidente de la organización sindical (Exp. Digital: 001. 11001 31 05 005 2020 00096 00, pág. 120), junto con los desprendibles de nómina emitido por la accionada donde se evidencian descuentos a favor de dicha organización sindical (Exp. Digital: 001. 11001 31 05 005 2020 00096 00, págs. 18 a 40).

Precisado lo anterior, se tiene que la demandante pretende se declarara que su vinculación con la demandada no ha tenido solución de continuidad y por ende, sólo ha existido un contrato laboral desde el 02 de enero de 2013, de allí que tiene derecho al pago del quinquenio establecido en la Convención Colectiva 2012-2014 suscrita entre la empresa llamada a juicio y el sindicato SINTRAEMSDES.

Lo anterior, en vista de lo normado en el artículo 188 de la Convención Colectiva 2012-2014:

PERSONAS QUE TIENEN DERECHO AL QUINQUENIO. A la presente bonificación tendrán derecho los trabajadores oficiales de la EAAB-ESP incluyendo aquellos que hubiesen interrumpido sus servicios hasta por trescientos (300) días en caso de enfermedad profesional o accidente de trabajo; hasta por ciento ochenta (180) días en caso de enfermedad profesional y hasta por sesenta (60) días por causas diferentes a las citadas anteriormente.

Dicho beneficio fue replicado en la Convención Colectiva 2015-2019, por lo que el mismo se encontraba vigente durante la vinculación de la demandante.

En el caso concreto de la actora, tal como se desprende de la documental aportada, para la fecha de suscripción de la mencionada Convención Colectiva -24 de noviembre de 2015- se encontraba vinculada a la EAAB mediante contrato de trabajo a término fijo, el cual inició el 2 de enero de 2013 (Exp. Digital: 001. 11001 31 05 005 2020 00096 00, págs. 2 a 4), mismo que fue prorrogado de manera ininterrumpida hasta el 30 de

noviembre de 2015 (págs. 5 a 9), terminando por vencimiento del plazo (pág. 118) en esta última fecha.

Es importante precisar, la prórroga del contrato según se observa de los memorandos dirigidos a la actora obedeció a la ampliación de la vigencia de la planta provisional de cargos de trabajadores oficiales para la operación directa de las actividades comerciales, operativas de acueducto y de gestión social de la empresa.

Posteriormente se suscribió nuevo contrato de trabajo a término fijo de un año, a partir del 2 de diciembre de 2015 (pág. 10 a 12) el cual se ha venido prorrogando a través de otros síes (págs. 13 a 17) y es el que actualmente ata a las partes en litigio.

Ahora bien, debe recordarse que las convenciones colectivas constituyen un todo y, por tanto, para desentrañar la intención de las partes su interpretación debe ser integral, armónica y útil a los intereses y expectativas razonables de ambas partes. En ese sentido, no puede perderse de vista que la norma convencional aportada al proceso contempla en sus artículos 121 a 174, disposiciones sobre estabilidad en el empleo, régimen contractual y la planta de personal, las cuales deben ser analizadas en forma sistémica o integral, de las que se destacan las siguientes:

«(...)

CAPITULO V

ESTRUCTURA, PLANTA DE PERSONAL, ESCALAFÓN Y CURVA SALARIAL

ARTÍCULO 38. PLANTA DE PERSONAL MINIMA DE LA EAB-ESP:

La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo, la planta de personal de trabajadores oficiales es de TRES MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE (3.539) cargos, y la planta de personal de empleados públicos es de SETENTA Y NUEVE (79) empleados; en adelante la planta de personal oficial mínima de la EAB ESP es de TRES MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO (3.618) trabajadores con sus respectivos cargos.

Los TRESCIENTOS SESENTA Y TRES (363) trabajadores oficiales con sus respectivos cargos que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado,

es decir, **la planta de adopción e implementación de nueva tecnología, y los SESENTA Y NUEVE trabajadores oficiales con sus respectivos cargos del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, en cumplimiento de la CCTV artículo 79 párrafo tercero serán contratados a término fijo por 5 meses** periodo prorrogable automáticamente por el mismo periodo, hasta tanto la EAB- ESP implemente la tecnología de punta en medición y facturación para ejecutar estos procesos; **la implementación que no podrá exceder el término de CINCO (5) años** a partir de la firma de la presente convención colectiva. Los trabajadores que ejecuten estas actividades gozarán de todos los beneficios y garantías contractuales y convencionales acordadas a la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo.

Una vez la EAB-ESP inicie la implementación de la innovación tecnológica en las actividades de lectura, revisión, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo; definirá los cargos necesarios para estos procesos y los restantes se suprimirán automáticamente de la planta de personal definida en la presente convención colectiva.

Si la EAB-ESP no ha implementado la innovación tecnológica dentro de los (5) años siguientes a la suscripción de la presente convención colectiva, se obliga a convocar a los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, a concurso de méritos en los términos establecidos en la presente Convención Colectiva de Trabajo. Los contratos a término fijo se prorrogarán hasta que los procesos de concurso concluyan que no podrán exceder a quince (15) meses.

La vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, se realizará por concurso de méritos en las mismas condiciones de ingreso del Régimen de Transición por única vez, para proveer las vacantes que resulten por la adopción de la planta de personal, con la participación de todos los trabajadores vinculados a la EAB-ESP, mediante contratos a término indefinido, término fijo, labor contratada y OPS en igualdad de condiciones.

Parágrafo 1: Una vez surtido el proceso de vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, las vacantes que resulten en adelante serán llenadas de conformidad con el artículo 39 de la Convención Colectiva de Trabajo Vigente.

Parágrafo 2: La EAB-ESP- exceptuará del proceso anterior las vacantes que resulten de la planta oficial actual de la EMPRESA, y en consecuencia continuará dando estricto cumplimiento al artículo 39 de la CCT (ESTRUCTURA Y PLANTA DE PERSONAL)

(...)

ARTÍCULO 39: ESTRUCTURA Y PLANTA DE PESONAL

(...)

Parágrafo 3: La Empresa implementará **los procesos de selección para llenar las vacantes** que allí se generen, dando aplicación al Ciclo de Desarrollo Humano que se apruebe. Este proceso se adelantará así: primero, internamente dando prioridad en participación a los trabajadores vinculados con la EAB-ESP a término indefinido; segundo, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicios o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua por cuatro o más años; tercero, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicio o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua entre un año y cuatro años; y cuarto, el mismo procedimiento a los trabajadores que con cualquier modalidad de contrato que lleven menos de un año o con personal externo.

(...)

CAPITULO VI RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

ARTÍCULO 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: La Empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá **acuerdan crear un Régimen de Transición para la vinculación de personal por un periodo de cinco (5) años**, el cual inicia a partir del primero (1) de diciembre del año 2015 y termina el treinta (30) de noviembre del año 2020, **para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAB-ESP**. Durante el término del Régimen de Transición se hará aplicación diferenciada de los derechos respecto al régimen (3) de la actual convención colectiva de trabajo en: salud, préstamo de vivienda, prima de antigüedad y Colegio Ramón B. Jimeno. A partir del primer día del sexto año de vinculación a la Empresa, tendrán todos los derechos que otorga al trabajador el régimen tres (3) de la presente convención colectiva de trabajo.

Parágrafo: **Cualquier trabajador que ingrese a la empresa a partir de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, durante el régimen de transición se le aplicarán las condiciones establecidas en esta convención para dicho régimen hasta el vencimiento del mismo**, luego de lo cual seguirá vinculado con las mismas condiciones establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo Vigente (**Acta de Acuerdo No. 7 de 2015**)

ARTÍCULO 50. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS MEDIANTE CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La EAB-ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo los trabajadores **contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo** y labor contratada tendrán los mismos derechos convencionales establecidos **en el periodo de transición**.

PARÁGRAFO: Vencido el régimen de transición los trabajadores con contrato a término fijo y labor contratada se seguirán beneficiando de la Convención Colectiva de Trabajo en los términos anteriores, que conllevan a la excepción de los derechos de préstamo de vivienda, becas de educación formal y quinquenio (**Acta de Acuerdo No. 7 de 2015**).

ARTÍCULO 51. VINCULACIÓN DE TRABAJADORES CON CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá definieron que el Régimen de Transición irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020. **Los contratos a término fijo celebrados por la EAB-ESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015.** Las partes acuerdan que, a partir del 1 de **diciembre de 2015,** **los trabajadores que hoy laboran en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo serán vinculados con contrato a término fijo, dentro de la Planta Oficial Definitiva de la EAB-ESP** por un término inicial de trece meses (13) que irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016. Estos contratos se prorrogarán automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva de Trabajo. (...).

Luego el artículo 53¹, adoptó la creación de un concurso de méritos, por una única vez para proveer las vacantes de personal a término indefinido que resulten por la adopción de la planta de personal definitiva.

Conforme al clausulado ampliamente transcrito y armonizando tales disposiciones, se advierte que con el acuerdo se habilitó a la demandada a terminar los contratos de trabajo de aquellas personas que laboraban en la planta transitoria de «*los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo*» para vincularlos nuevamente, a partir del 1 de diciembre de 2015 en la planta fija de la EAAB mediante contratos de trabajo a término *fijo*, inicialmente por 13 meses, prorrogables durante la vigencia del denominado régimen de transición, esto es, hasta el 30 de noviembre de 2020, en beneficio de quienes venían vinculados bajo una modalidad distinta a los contratos a término indefinido para el momento de la suscripción de la convención.

¹ «**ARTÍCULO 53: CONCURSO DE MÉRITOS, POR ÚNICA VEZ PARA PROVEERLAS VACANTES QUE RESULTEN POR LA ADOPCIÓN DE LA PLANTA DE PERSONAL.** Por una única vez la EAB-ESP hará la provisión de personal a término indefinido de las vacantes que resulten por la adopción de la planta de cargos definitiva de trabajadores oficiales, mediante proceso de concurso de méritos que se realizará en tres (3) Convocatorias así **Primera Convocatoria:** Podrán participar todos los trabajadores de la EAB-ESP, mediante contratos a término indefinido, término fijo y labor contratada vinculados a la firma de la presente Convención de Trabajo. El personal que a la firma de la presente Convención Colectiva se encuentre desarrollando actividades de Call Center que lleve como mínimo un (1) año vinculado a este proceso al interior de la EAB-ESP, podrá participar en esta convocatoria. (...)»

Así, el artículo primero del Acuerdo 024 de 20 de noviembre de 2015 *«Por medio del cual se modifica el Acuerdo de Junta Directiva No. 12 de 25 de junio de 2007»* (págs. 165 a 172) se creó en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. *«una planta de mil ciento noventa y tres (1193) cargos de trabajadores oficiales a término indefinido, (...) para garantizar la prestación de las actividades de la operación comercial, operativa de acueducto y gestión social, en forma permanente y continua, las cuales eran ejecutadas a través de contratos especiales de gestión operativa y comercial»*, facultó a la demandada para que durante la vigencia del régimen de transición, realizara la provisión de dichos cargos a término fijo, mientras se adelantaba el concurso de méritos respectivo para proveer de manera definitiva los mismos.

Considerando lo predicho y atendiendo las condiciones particulares de la vinculación de la demandante, es claro que existieron dos contratos de trabajo independientes, uno, desde el 02 de enero de 2013 hasta el 30 de noviembre de 2015, fecha de vencimiento de la planta transitoria pactada en la Convención Colectiva, y otro desde el 02 de diciembre de 2015, fecha del régimen de transición plasmado en dicho acuerdo convencional. Por esto, se advierte que la finalización del contrato estaba autorizada por el acuerdo colectivo por ser su cargo perteneciente a la anterior planta provisional y creado de manera definitiva según el artículo primero del ya referido Acuerdo 024 de 2015, cargo que resulta ser propio de *«la prestación de las actividades de la operación comercial, operativa de acueducto y gestión social»*, a las que se refiere el denominado régimen de transición y en virtud del cual, se itera, se permite la finalización de los contratos y su vinculación transitoria mediante contratos a término fijo.

Valga decir, a juicio de la Sala, la creación de la transición en la convención contrario a cercenar los derechos de los trabajadores vinculados lo que busca es garantizar la igualdad de condiciones en el acceso al trabajo, y para ello en ese mismo instrumento se diseñó un sistema de concurso de méritos en el cual los trabajadores con contrato a término fijo podrán participar a efectos de hacerse beneficiarios de la vacante en la modalidad de contrato a término indefinido.

Un entendimiento contrario, sería tanto como desconocer la voluntad de las partes plasmada en la convención y constituiría una interpretación restrictiva que no se acompasa con la verdadera intención que es fortalecer el mérito, pues como se ve, con el régimen de transición lo que garantiza es la participación en los concursos de aquellas personas vinculadas a través de contrato de trabajo con modalidades distinta al término indefinido. Vale precisar así, que este ha sido el criterio vigente sostenido por esta Sala de Decisión, vertido entre otras, en las sentencias proferidas en los procesos con radicaciones 110013105-12 2019 00601 01, (30 de noviembre de 2020); 110013105-035-2019-00608-01 (30 de abril de 2021) y 110013105-020-2019-00667-01 (30 de octubre de 2021).

Igualmente, se debe recordar que a la demandante ya le fue cancelada la suma correspondiente al quinquenio que ha causado hasta el momento, pues así se desprende del desprendible de pago emitido por la demandada (pág. 384). La anterior situación, también da cuenta de que la entidad encartada no ha tenido la voluntad de vulnerar los derechos laborales que le asisten a la actora.

Así las cosas, se revocará la sentencia de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia corren a cargo de la parte actora.

IV.DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el ordinal primero la decisión de primera instancia, para en su lugar, **DECLARAR** que entre la señora **DIANA MARCELA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ** y **la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ D.C.** –EAAB, existieron dos contratos de trabajo a término fijo con solución de continuidad, el primero desde el 2

de enero de 2013 hasta el 30 de noviembre de 2015, y el segundo desde el 2 de diciembre de 2015, conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia ante su no causación. Las costas de primera instancia corren a cargo de la parte actora, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

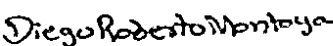
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 009-2020-00345-01

Demandante: LUIS HUMBERTO SÁNCHEZ REYES

**Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por quienes integran la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 26 de enero de 2022. Así mismo, se surtirá el Grado Jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Luis Humberto Sánchez Reyes llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y a la Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A. para obtener la ineficacia del traslado que hizo del régimen de prima media con prestación definida – RPMPD al de ahorro individual con solidaridad - RAIS, el 07 de marzo de 2000 ordenando la migración de los montos que se encontraran en la cuenta de ahorro individual, incluidos los

Rendimientos, bonos y/o títulos pensionales o los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar, ningún descuento; más lo extra y ultra petita y las costas procesales a su favor.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó haber iniciado sus aportes a pensión ante el RPMPD, donde cotizó 741.71 semanas; que se afilió al RAIS con la AFP Colmena, hoy Protección S.A., el 07 de marzo del año 2000, entidad que actualmente administra sus aportes; que dicha vinculación se dio por cuanto un promotor de ese fondo le aseguró que el ISS, hoy Colpensiones estaría pasando por problemas financieros que pondrían en riesgo sus aportes, motivo por el cual era necesaria su afiliación a un fondo privado de pensión y a través de la firma del formulario de afiliación, con lo cual aseguraría sus semanas y además obtendría una mejor pensión, sin embargo, no le explicó de forma clara cuáles son las diferencias, ventajas y desventajas entre uno y otro régimen, así como los efectos y consecuencias del traslado.

Agregó que su ingreso base de liquidación es de \$2.773.612, por lo que la pensión que le hubiera correspondido en Colpensiones sería de \$2.218.889. Por tal motivo y por la falta de información, solicitó ante la AFP Protección que a declarar ineficaz la afiliación a dicho administradora, copia del formulario de afiliación y una proyección pensional comparativa entre el RAIS y el RPMPD, mediante radicado el 29 de abril de 2020 y, mediante solicitud del 12 de marzo de 2020 solicitó ante COLPENSIONES su afiliación, por existir vicios en el consentimiento en la afiliación al RAIS. Tales solicitudes fueron negadas, precisando que Protección le indicó que tendía derecho a una pensión equivalente a \$877.803. (Exp. Digital: A1 folio 1 a 125 expediente digital. Págs. 112 a 123).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias y, en cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la reclamación efectuada por el actor en torno a reactivar su afiliación ante Colpensiones, frente a los demás, indicó no constarle.

En su defensa, argumentó que de las pruebas allegadas dentro del acervo probatorio y de los fundamentos fácticos y jurídicos mencionados en la demanda, era evidente que, en el presente caso, el demandante, no acreditó los supuestos legales para que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado del RPM al RAIS en marzo de 2000, al suscribir el formulario de afiliación con el fondo Protección S.A.

Formuló como excepciones de mérito las de *«la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen»*, *«responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social»*, *«sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación»*, *«el error de derecho no vicia el consentimiento»*, *«inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política)»*, *«buena fe de Colpensiones»*, *«cobro de lo no debido»*, *«falta de causa para pedir»*, *«presunción de legalidad de los actos jurídicos»*, *«inexistencia del derecho reclamado»*, *«prescripción»*, *«imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen»* e *«innominada o genérica»* (Exp. Digital: «A3 folio 135 a 301 expediente digital». Págs. 23 a 43).

La AFP Protección S. A., se opuso a las pretensiones y sostuvo que en el traslado de régimen no se atentó contra la libertad de escogencia de régimen pensional, pues no existió error, dolo o fuerza, además, brindó una asesoría completa, clara y comprensible al demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento. Respecto de los hechos, admitió las relacionadas con las semanas cotizadas en el RPMPD, que es Protección S.A. la que le administra sus aportes y las solicitudes nulidad presentadas por el actor y, frente a los demás dijo no ser ciertos o no constarle.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito las 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 declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» e «Innominada o Genérica» (Págs. 76 a 97, ib.).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veintiséis (26) de enero de dos mil veintidós (2022), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado que realizó el demandante, Luis Humberto Sánchez Reyes, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones – al RAIS administrado por Colmena, hoy Protección S.A., el 7 de marzo del 2000.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor Luis Humberto Sánchez Reyes, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de Protección, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones.

QUINTO: COSTAS. Lo serán a cargo de Protección S.A. Tásense por Secretaría. Fijense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva. [...].

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, precisó que el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en el literal b, estableció que la selección de cualquiera de los regímenes será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación de un traslado, a su vez, el artículo 271 ibídem dispuso que si cualquier persona atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral, quedará sin efectos y podrá hacerlo nuevamente por parte del trabajador. Mencionó que en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral el deber de información a cargo de las AFP ha sido exigible desde su creación

y que con el paso del tiempo se ha consagrado con mayor nivel de exigencia para lo que ha identificado las etapas comprendidas en su nivel de avance.

Resaltó que las obligaciones de las entidades es suministrar a los usuarios la mayor información de los servicios que prestan y de las operaciones que realizan para poder tener elementos de juicio claros y objetivos para tomar la mejor decisión al momento de elegir un régimen; que la información necesaria que deben tener, deben hacer referencias a las características, condiciones de los servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que, el afiliado pueda conocer con exactitud de la lógica de los sistemas públicos y privados y poder hacer una comparativa de las ventajas y desventajas de los regímenes así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Igualmente, aclaró que los presupuestos probatorios se aplican sin importar si el afiliado tenía derecho consolidado, expectativa legítima o beneficio transicional y en este caso se estableció con el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por Colpensiones que el accionante estuvo afiliado y realizó cotizaciones al RPMPD con un total de 841.71 semanas y así mismo evidenció que el 7 de marzo del 2000 realizó traslado del régimen desde el ISS hacia COLMENA PROTECCION S.A.

Informó que la solicitud de vinculación de un traslado inicial, el demandante hizo constar que la selección del régimen RAIS la realizó de forma voluntaria y sin presiones, y que al analizar el asunto, encontró que las mismas no permiten establecer que Protección al momento del traslado efectuado por el actor en el año 2000 le hubiera indicado las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, ya que, para que se dé el cumplimiento del deber de información no basta con la manifestación que quedó dentro del formulario, sobre todo si se tiene en cuenta que el accionante contaba con las semanas que permitía al fondo realizar la proyección de su futuro pensional, por lo que estimó que dicha misión de acuerdo con lo expuesto por la jurisprudencia, impidieron que el usuario contara con los elementos de juicio suficientes para determinar según sus intereses, qué le resultaba mejor. En ese sentido, era procedente acceder a la ineficacia del traslado con los efectos atrás indicados.

Frente a la excepción de prescripción alegada por las demandadas, indicó que, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, resulta imprescriptible el derecho a reclamar la ineficacia del traslado de régimen.

II. RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de Colpensiones interpuso recurso de apelación, señalando para tal efecto, que no existen elementos que evidencian vicios del consentimiento o dolo y que no había expectativas legítimas para el actor, por lo que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión. Solicitó tener en cuenta que no era beneficiario del Régimen de Transición, por lo que el actor debe someterse a los mandatos del Sistema General de Pensión en el régimen al que se encuentra afiliado que en este caso es Protección.

Además, mencionó la sentencia 2016 - 087 del Tribunal Superior de Pereira donde se manifiesta la inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en ese momento en el RPMPD pueda resultar superior al RAIS, no constituye prueba de que cuando realizó el traslado el actor, lo haya hecho movido por un engaño o una mala información por parte del fondo, siendo que no se logró probar una información inequívoca por parte del fondo, máxime, si se tiene en cuenta que para el año del traslado del actor, los fondos solo tenían la obligación de brindar la información sobre las condiciones a la hora del traslado por lo que no hay lugar a la ineficacia ya que lo que existió fue falta de interés y descuido de su parte y evidenció que él mismo decide seguir cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria. Por lo tanto, solicitó revocar la sentencia y no se decrete la ineficacia solicitada.

La apoderada judicial de la AFP Protección interpuso recurso de apelación de manera parcial, sobre los puntos en los que fue condenada a trasladar los conceptos cuotas de administración y seguros previsionales; adujo que durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado, se realizó una buena administración de la cuenta de ahorro individual, evidenciándose en los altos rendimientos y al ordenar a trasladar estos gastos de administración sería desconocer el derecho a la restituciones mutuas establecidas en el artículo 1746 y la excelente gestión de administración, adicionalmente estos

descuentos por cuota de administración y seguros previsionales se realizan porque la ley lo autoriza, los cuales también se hacen en el RPMPD, sin embargo, adujo que los conceptos tienen naturaleza completamente diferente a la de la pensión por lo que podría hablar de prescripción parcial de las cuotas.

Concluyó, indicando que estos conceptos son cobrados a las administradoras son un perjuicio y si en el presente proceso no obra prueba sumaria de daños, de juramento estimatorio, de un nexo causal que se haya ocasionado un daño al demandante por lo que no hay lugar a devolver las cuotas de administración ni de seguro previsional.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Colpensiones presentó alegaciones en similares términos a los expresados en la contestación de la demanda y el recurso de alzada respectivamente, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. Protección S.A. guardó silencio y la parte actora solicitó que se confirme la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por LUIS HUMBERTO SÁNCHEZ REYES del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Protección S.A. y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

III. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en el recurso de casación los siguientes supuestos fácticos: i) que el demandante nació el 05 de enero de 1958; que ii) el 07 de julio de 1976 se afilió al ISS, entonces administrador del régimen de prima media con

prestación definida, y que ii) el 07 de marzo del año 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de Pensiones y Cesantías Colmena S.A. (Exp. Digital: «A1 folio 1 a 125 expediente digital», Págs. 98; «GRP-SCH-HL-66554443332211_1942-20210310082712»).

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Bajo ese entendido, se tiene que el demandante alcanzó la edad de 62 años el 05 de enero de 2018, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a Colpensiones y Protección S.A., el 12 de marzo de 2020 (Págs. 90 a 101), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - 01 de abril de 1994, pues para esa data, según la historia laboral aportada a los autos, tenía 610,44 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: «GRP-SCH-HL-66554443332211_75-20140820070836»), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

Al respecto, se precisa, que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*», el régimen que más les convenga; expresión que, conforme a lo dicho por la Sala de Casación Laboral, supone conocimiento, que se alcanza, cuando se sabe de forma completa, las consecuencias que el acto de traslado acarrea.

Así, no puede entenderse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando se desconoce la incidencia de esa acción frente a los derechos prestacionales, siendo obligación de las administradoras, brindar una información clara y suficiente de los efectos que genera el cambio de régimen, so pena de declararlo ineficaz.

Aunado a ello, desde el nacimiento de las administradoras del régimen de ahorro individual, se les impuso la obligación de suministrar información necesaria para lograr la mayor transparencia, como lo dispone el Decreto 663 de 1993, para garantizar una afiliación libre y voluntaria, lo que implica realizar una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, para que el potencial afiliado tenga conocimiento frente a los mismos y pueda compararlos.

Respecto del deber de información, en la sentencia de casación CSJ SL1688-2019, se anotó:

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y

selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

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

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas,

consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas». (negrillas de la sentencia).

Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, implica la ineficacia de la afiliación

en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019 y genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba, como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a Colpensiones, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2208-2021 y CSJ SL2209-2021).

Asimismo, en estos asuntos, no puede exigirse una proximidad a pensión, pues esas condiciones no han sido previstas por el legislador y tampoco por la jurisprudencia, *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (sentencia de casación CSJ SL4025-2021).

De otra parte, lo que se juzga en estos asuntos, es la omisión en el deber de información; de allí que la posibilidad de retorno al régimen de prima media con prestación definida no se constituye en argumento con el que pueda avalarse la falta de esa obligación que genera, como con antelación se ha dicho, la ineficacia de ese traslado conlleva a retrotraer las cosas, a su estado inicial, es decir, como si esa acción nunca hubiera existido.

Ahora, en ese contexto decisonal, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a el demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Pensiones y Cesantías Colmena, hoy Protección S.A., realizado el 07 de marzo de 2.000, éste no constituye en manera alguna, medio

probatorio que permita inferir que a el accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, tan solo muestra el consentimiento del señor Sánchez Reyes, pero no, que se hubiera acreditado lo dispuesto en el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, en armonía con el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, lo que implica la ineficacia de la afiliación, sin que de las leyendas preimpresas insertadas en la documental referida, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas de este tipo, puedan predicarse el cumplimiento del deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (SL1499-2020).

Igualmente, precisa la Sala que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información, el que se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3463-2019 y CSJ SL1217-2021).

De otra parte, frente al argumento de Protección S.A., según el cual no hay lugar a transferir los gastos de administración, comisiones y rendimientos, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes por pensión junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989 reiterada en la CSJ SL1501-2022:

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

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos

por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Asimismo, el fallo de primera instancia tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

En otro giro, es importante destacar que en la sentencia CSJ SL2877-2020 reiterada en la CSJ SL1499-2022, se deja sentado la postura del alto Tribunal respecto a los efectos de la ineficacia, con relación a las restituciones mutuas que deban hacerse los contratantes, en este caso los sujetos de la relación jurídica de la afiliación como lo son las administradoras de pensiones. Al respecto dijo lo siguiente:

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

[...]

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al *fondo de solidaridad pensional* para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 *ibidem*-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una

subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que *«las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder»*, debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de inejecución del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de inejecución del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, y CSJ SL4360-2019 y SL4062-2021).

Los demás medios exceptivos también se tendrán como no probados, dado el resultado del proceso y lo señalado en precedencia.

Lo anteriormente expuesto resulta suficiente para confirmar la decisión proferida el 26 de enero de 2022 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá. Así se decidirá, sin costas en esta instancia ante su no causación.

IV. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 010-2019-00437-01

Demandante: LUIS CARLOS PARRA CORTES

**Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., OLD
MUTUAL S.A..**

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por quienes integran la parte demandada, Porvenir S.A. y Skandia S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, el 16 de diciembre de 2021. Así mismo, se surtirá el Grado Jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Luis Carlos Parra Cortés promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, con el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; en consecuencia, se declare que Old Mutual S.A. debe trasladarlo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, a su vez, que Colpensiones debe aceptar su vinculación.

Como consecuencia de lo anterior, se condene Porvenir S.A. a aceptar la nulidad de la vinculación al RAIS y, a su vez, se condene a Old Mutual S.A. a ordenar el retorno del RAIS al RPMPD, enviando los saldos o aportes pensionales consignados en su cuenta, junto con los cobros y gastos administrativos descontados de sus aportes pensionales, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración. Se condene a Colpensiones, a aceptarlo en el RPMPD como si nunca hubiera existido un traslado de régimen pensional; asimismo, se condene en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas, más lo ultra y/o extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó haber estado vinculado al RPMPD hasta el 26 de abril del año 2000, cuando suscribió vinculación con el RAIS y la AFP PORVENIR S.A., precisando que los asesores de esta entidad lo indujeron de manera equívoca a vincularse al RAIS, pues se le indicó que con ello no perdía los beneficios del RPMPD; que posteriormente fue trasladado a la AFP Old Mutual S.A., donde actualmente se encuentra afiliado; que si bien se le indujo de manera inapropiada a vincularse al RAIS en la AFP Porvenir S.A. nunca lo manifestó por escrito como lo ordena el artículo 11 de la Ley 100 de 1.993; nunca le indicaron a de los eventuales riesgos que podía tener al trasladarse al RAIS, ni le suministraron información consistente, veraz y objetivamente verificable que corroboraran las promesas con las cuales fue inducido al traslado; no le realizaron de ante mano una eventual simulación o comparación del valor de la mesada pensional que pudiera tener en el RAIS y la que lograría tener en el RPMPD; de la misma manera el ISS hoy Colpensiones, no realizó ninguna gestión para desvirtuar los argumentos de la AFP en cuanto decía que se iba acabar.

Agregó, que su permanencia en el RAIS lesiona ostensiblemente su derecho a la libre escogencia, pues el acto del traslado trasgredió el pleno consentimiento y libre determinación; además, genera una situación de inconveniencia en el derecho pensional, por cuanto lesionaría la calidad de vida, el derecho a la dignidad humana y su mínimo vital, empobrece su poder adquisitivo pues la pensión que este le reconocería sería el equivalente a un 60% aproximado del valor de debería recibir en el Régimen de la Prima Media.

Que, ha estado procurando gestionar el traslado al Régimen de la Prima Media que manejaba el ISS hoy Colpensiones, de la misma manera ha radicado ante el ISS, hoy Colpensiones, solicitud de afiliación al Régimen de Prima Media. El 25 de julio de 2018 solicitó ante la AFP Old Mutual S.A. la desvinculación del régimen de ahorro individual, a lo cual obtuvo respuesta negativa el 14 de agosto de 2018; que el 24 de julio de 2018 solicitó ante Porvenir S.A. solicitud de desvinculación al régimen de ahorro individual, de igual modo, fue negada la misma el 14 de agosto de 2018; y finalmente, el 19 de julio de 2018 solicitó a Colpensiones la afiliación al Régimen de Prima Media, pero guardó silencio (Exp. Digital: 05ExpedienteDigital2019-437. Págs. 40 a 45).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias y, en cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la vinculación en un inicio al régimen de prima media y posteriormente el traslado a una administradora de fondo de pensiones privada – AFP -, así como la reclamación radicada en torno a la afiliación al RPMPD, frente a los demás, los negó, sin que le constara los demás supuestos.

En su defensa, argumentó que a la fecha, el traslado realizado por el actor el día 1° de junio de 2000 a la AFP Porvenir S.A. se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, sino plenamente valido, razón por cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria y/o ineficacia acaecida en el trámite de traslado alegado por el interesado; asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la parte actora no se encuentra dentro del límite temporal allí consagrado para efectuar traslado alguno entre regímenes pensionales, dado que en la actualidad cuenta con 62 años de edad teniendo en cuenta que nació el día ocho (8) de Febrero de 1957; que además, la eventual afiliación del actor al Régimen de Prima Media, el traslado de los aportes al régimen en mención y la corrección de su Historia Laboral depende de la decisión favorable que previamente obtenga respecto de la pretensión de declaratoria

de nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual a la AFP Porvenir S.A.

Formuló como excepciones de mérito las de *«prescripción y caducidad», «declaratoria de otras excepciones» e «inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir»* (Págs. 64 a 74, ib.).

La Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones y, en cuanto a los hechos admitió los relacionados con las reclamaciones efectuadas por el actor ante esta entidad y frente a los demás dijo no constarle o no ser ciertos.

En su defensa, arguyó que cumplió con el deber de información que le era oponible al momento en que se realizó el traslado de régimen pensional, brindar una asesoría con información clara, veraz y oportuna, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993. En dicha asesoría, se le informó al demandante, entre otras cosas, sobre el régimen de transición, que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual (110% del valor del salario mínimo y sometida a la realización de un cálculo actuarial!); que podría realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales, a su cuenta; que tendría derecho a bono pensional, si había aportado 150 semanas dentro de los tres años anteriores al traslado de régimen pensional; y que su vinculación al RAIS era completamente voluntaria.

Presentó como excepciones de mérito las de *«prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación»* (Págs. 109 a 118, ib.).

La AFP Old Mutual, hoy Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones y, en cuanto a los hechos admitió los relacionados su afiliación a la AFP, la solicitud de anulación de la vinculación y frente a los demás dijo no constarle o no ser ciertos.

En su defensa, manifestó que el actor al momento de afiliarse con Old Mutual hoy Skandia, venía de estar afiliado en PORVENIR, por ende, ya tenía un

conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de este régimen pensional, por lo tanto, la asesoría en el caso particular, se tomaba más en una reafirmación de los argumentos ya conocidos por el demandante, las cuales son AFP's que pertenecen al mismo régimen pensional de Skandia, presentan las mismas características en materia pensional; pues la única diferencia es que se podría registrar entre las mismas y Skandia se relaciona con la rentabilidad, toda vez que entre administradoras del mismo régimen se manejan rentabilidades variadas.

Presentó como excepciones de mérito las de *«Old Mutual 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 RAIS»*, *«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»* *«prescripción»*, *«buena fe»* y *«genérica»* (Págs. 182 a 205, ib.).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación del demandante, señor LUIS CARLOS PARRA CORTÉS a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. realizado mediante la suscripción de la afiliación de fecha 26 de abril del año 2000 y, por ende, se declara ineficaz el traslado de régimen pensional del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, razones por las cuales también se declara ineficaz la afiliación suscrita por el demandante con SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el 21 de mayo del año 2014 y se ordena su regreso automático a la afiliación que traía en el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y solución de continuidad, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SE CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación del demandante, LUIS CARLOS PARRA CORTÉS al régimen de prima media sin solución de continuidad, de conformidad a la parte considerativa.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA SKANDIA PENSIONES CESANTÍAS S.A. a realizar la devolución de las sumas que se encuentren en la cuenta individual del señor LUIS CARLOS PARRA CORTES correspondientes a cotizaciones, rendimientos y frutos e intereses como lo

establece el artículo 1746 del Código Civil, a hacer esta devolución a COLPENSIONES con destino al régimen de media, con todos los rendimientos e intereses causados, así mismo incluyendo la devolución de los gastos y cuotas de administración descontado durante su vinculación, debidamente indexados acompañándole de la correspondiente documental para que COLPENSIONES pueda establecer que se hace la devolución de cotizaciones, rendimientos e intereses y de los gastos y cuotas de administración indexados, para lo cual se le otorga el término de 15 días hábiles a la ejecutoria de la presente providencia, y COLPENSIONES deberá hacer la revisión una vez ingresan estas sumas de dinero que se hace la devolución en los términos indicados en esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a qué debe hacer la devolución de los gastos y cuotas, comisiones de administración debidamente indexados con destino al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, en el término de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia y acompañado de la documental correspondiente para que se pueda establecer cuáles fueron las sumas descontadas durante su vinculación a la AFP PORVENIR A LA AQUI DEMANDANTE y que se está haciendo la devolución de éstos debidamente indexados, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: SE CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen en estas sumas de dineros provenientes de la AFP porvenir S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. debe proceder a hacer la revisión de que la devolución se hace en los términos indicados en la sentencia, y de manera inmediata deberá imputar al demandante para efectos pensionales en COLPENSIONES las semanas cotizadas en el REGIMEN DE AHORRO individual con solidaridad por el señor demandante, de conformidad a la parte motiva la providencia.

SEXTO: SE DECLARAN no probadas las excepciones planteadas por las accionadas.

SÉPTIMO: SE CONDENA en costas de esta instancia a las demandadas en favor del demandante y deben ser tasadas por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho en cabeza de la AFP PORVENIR S.A. La suma de \$900.000 y como agencias en derecho a cargo de COLPENSIONES y de SKANDIA PENSIONES Y DE CESANTIAS.S.A. la suma de \$200.000 para cada una a favor del demandante. [...].

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, precisó que conforme a lo establecido en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, el deber de información surgió con la expedición de la Ley 100 de 1993, y que el mismo está a cargo de las administradoras, razón por la cual, las AFP tienen la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria respecto de las características, condiciones, requisitos, accesos y servicios de cada uno de los regímenes especiales, con el fin de que el potencial afiliado tome una decisión informada y consciente, libre y voluntaria, así mismo señaló que la información que se suministra no puede ser incompleta, deficiente o sesgada, implicando así un análisis previo y calificado de los antecedentes

que se tiene del posible afiliado y que debe de contar el asesor al momento de su afiliación.

Resaltó que la suscripción de la firma en los formularios de afiliación y las expresiones pre impresas de los fondos de pensiones es insuficiente para dar por probado el deber de información completo y suficiente, toda vez que, solo demuestra un consentimiento, pero no informado.

En tal sentido, sostuvo que en el caso bajo estudio, conforme a las pruebas aportadas, no se logró demostrar el deber de información por el fondo accionado ni por confesión ni documentalmente, reiterando que la firma en el formulario de afiliación prueba el consentimiento, pero no demuestra que el mismo fue informado, por lo anterior encontró ineficaz el traslado y en consecuencia procedía su regreso automático sin solución de continuidad al RPMPD en Colpensiones, con las consecuencias anteriormente anotadas.

II. RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, para lo cual insistió en que el traslado de régimen pensional fue completamente válido y eficaz, pues se cumplió con lo dispuesto por la normatividad en esa primera fase del deber de información, se le brindó una asesoría y se procedió a la firma del formulario de afiliación, único documento que se requería para realizar este acto jurídico; indicó que, el deber de información ha variado y consideró que en estos casos, no se realiza la debida interpretación de la norma aplicable a la fecha de traslado, puesto que, para el año 2.000, conforme al Decreto 663, no debía haber coacción por parte de la AFP y el actor libremente se trasladó, de modo que contrario a lo indicado en el fallo, no podía exigirse para esa fecha una prueba diferente al formulario de afiliación; por lo tanto, solicita que se respete la voluntad de las partes dispuesto para el año 2.000, siendo injusto para los fondos de pensiones exigir pruebas adicionales al formulario. Insistió en que debe tenerse en cuenta, al demandarse la ineficacia del traslado bajo el argumento de no tener una mesada adecuada, resulta injusto para el fondo porque estos se deben regir por la normatividad y lo dispuesto para ello en cuanto a las mesadas pensionales.

De igual modo, señaló frente a la devolución de los gastos de administración, que en virtud de las restituciones mutuas, es injusto el trato diferencial que se le da a los conceptos producto de la afiliación al RAIS, es decir, los rendimientos que se generan, pues es claro que si se retrotraen al estado original, el demandante no tendría derecho a retornar los rendimientos que se han generado en los diferentes fondos en que estuvo, lo cual va en contra del principio de igualdad y también de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por cuanto si hizo una deducción lo hizo amparo en la ley e hizo una correcta administración de los recursos del demandante en ese tiempo. Por lo anterior, solicita se revoque la decisión o en caso de confirmarse se absuelva de devolver los gastos de administración.

La apoderada judicial de la AFP Skandia Pensiones y Cesantías S.A. interpuso recurso de apelación de manera parcial únicamente sobre el numeral 3° de la sentencia, referido a los gastos de administración. Lo anterior, teniendo en consideración que el artículo 7° del Decreto 39995 de 2008, señala de manera taxativa cuales son los emolumentos y conceptos que deben trasladarse en el momento que opere un traslado de recursos entre regímenes del sistema general de pensiones, norma que no contempla dicho concepto, no encontrándose fundamento de orden legal que determine la obligación de trasladar dichos conceptos por gastos de administración. Que en cumplimiento de la Ley 100 de 1993, Skandia dentro de ese 3% de gastos de administración debe sufrir unas pólizas para cubrir los posibles seguros por invalidez o muerte del aquí demandante, por ende, desde el año 2014, no tiene a disposición dichos rubros o sumas, dado que sirvieron de base para pagar las respectivas pólizas.

En ese orden, solicitó se revoque la decisión en lo referente a los gastos de administración, incluida la indexación, dado que dichas devoluciones no operan de forma indexada, puesto que se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haber generado en el capital del afiliado, en el momento en que, como en el caso particular que también se ordene además de los gastos de administración, también se ordene la devolución o los pagos de los rendimientos respectivos, por lo que se estaría un doble pago por un mismo concepto; para ello, manifestó que varios magistrados del Tribunal Superior de Cali, han revocado tal condena por existir una compensación entre los rendimientos y por ende no opera la indexación.

Finalmente, solicitó que, si se confirma tal decisión, se declare la excepción de prescripción puesto que sobre ellos existen los contratos por los seguros previsionales, que es la fuente de los gastos de administración y, por tanto, deben regularse por las normas del Código de Comercio, en su artículo 1081, en materia prescriptiva, que las acciones que se derivan del contrato de seguros prescriben en dos años.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegaciones, las accionadas Colpensiones y Porvenir S.A. en similares términos a los expresados en la contestación de la demanda y el recurso de alzada respectivamente, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. Skandia guardó silencio y la parte actora solicitó que se confirme la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por LUIS CARLOS PARRA CORTES del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

III. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en el recurso de apelación los siguientes supuestos fácticos: i) que el demandante nació el 08 de febrero de 1957; que ii) el 09 de diciembre de 1976 se afilió al ISS, entonces administrador del régimen de prima media con prestación definida, y que ii) el 26 de abril de del año 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Porvenir S.A. (Exp. Digital: «05ExpedienteDigital2019-437», Págs. 18, 19 y 159; «GRP-SCH-HL-66554443332211_75-20140820070836»).

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Bajo ese entendido, se tiene que el demandante alcanzó la edad de 62 años el 08 de febrero de 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a Colpensiones, Porvenir S.A. y Old Mutual, hoy Skandia Pensiones y Cesantías, el 19, 24 y 25 de julio de 2018, respectivamente (Págs. 03 a 17), es decir, cuando evidentemente le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según la historia laboral aportada a los autos, tenía 540.71 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: «GRP-SCH-HL-66554443332211_75-20140820070836»), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Al respecto, se precisa, que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*», el régimen que más les convenga; expresión que, conforme a lo dicho por la Sala de Casación Laboral, supone conocimiento, que se alcanza, cuando se sabe de forma completa, las consecuencias que el acto de traslado acarrea.

Así, no puede entenderse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando se desconoce la incidencia de esa acción frente a los derechos prestacionales, siendo obligación de las administradoras, brindar una información clara y suficiente de los efectos que genera el cambio de régimen, so pena de declararlo ineficaz.

Aunado a ello, desde el nacimiento de las administradoras del régimen de ahorro individual, se les impuso la obligación de suministrar información necesaria para lograr la mayor transparencia, como lo dispone el Decreto 663 de 1993, para garantizar una afiliación libre y voluntaria, lo que implica realizar una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, para que el potencial afiliado tenga conocimiento frente a los mismos y pueda compararlos.

Respecto del deber de información, en la sentencia de casación CSJ SL1688-2019, se anotó:

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

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

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad

objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas». (negrillas de la sentencia).

Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, implica la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019 y genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en

que se encontraba, como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a Colpensiones, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2208-2021 y CSJ SL2209-2021).

Asimismo, en estos asuntos, no puede exigirse una proximidad a pensión, pues esas condiciones no han sido previstas por el legislador y tampoco por la jurisprudencia, *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (sentencia de casación CSJ SL4025-2021).

De otra parte, lo que se juzga en estos asuntos, es la omisión en el deber de información; de allí que la posibilidad de retorno al régimen de prima media con prestación definida no se constituye en argumento con el que pueda avalarse la falta de esa obligación que genera, como con antelación se ha dicho, la ineficacia de ese traslado conlleva a retrotraer las cosas, a su estado inicial, es decir, como si esa acción nunca hubiera existido.

Ahora, en ese contexto decisonal, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Protección S.A., realizado el 26 de abril de 2.000, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, tan solo muestra el consentimiento del señor Parra Cortés, pero no, que se hubiera acreditado lo dispuesto en el artículo

97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, en armonía con el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, lo que implica la ineficacia de la afiliación, sin que de las leyendas preimpresas insertadas en la documental referida, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas de este tipo, puedan predicarse el cumplimiento del deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (SL1499-2020).

Igualmente, precisa la Sala que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información, el que se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3463-2019 y CSJ SL1217-2021).

De otra parte, frente al argumento de Porvenir S.A. y Skandia S.A., según el cual no hay lugar a transferir los gastos de administración, comisiones y rendimientos, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes por pensión junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989 reiterada en la CSJ SL1501-2022:

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

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

Asimismo, el fallo de primera instancia tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los

recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De igual modo, se precisa que el hecho de que la parte actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, o que hubiera permanecido por largo tiempo en el RAIS, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

[...] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.

Aunado a ello, debe acotar la Sala que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de tutela STP15228 – 2021 del 7 de septiembre de 2021, dejó sin efectos el fallo CSJ SL2440-2021 proferido por la Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral el 15 de junio de 2021, que había introducido la denominada tesis de los «*actos de relacionamiento*», refiriendo que:

Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016.

En lo que respecta al argumento planteado por Skandia S.A., con relación a la indexación de los gastos de administración, es de recordar que el órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras muchas, en la sentencia CSJ SL3207-2020, indicó:

7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados**, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Lo anterior, constituye desde luego doctrina probable, por lo que ésta Sala de Decisión atiende al criterio de autoridad antes expuesto, dado que se encuentra vigente y la recurrente no aporta elementos válidos que permitan apartarse de dicho criterio que se encuentra vigente y de obligatorio cumplimiento, por lo que, en acatamiento al precedente judicial vertical, no es posible acceder a los de carácter horizontal que se mencionan someramente en la alzada, por no ser vinculantes.

En otro giro, es importante destacar que en la sentencia CSJ SL2877-2020 reiterada en la CSJ SL1499-2022, se deja sentado la postura del alto Tribunal respecto a los efectos de la ineficacia, con relación a las restituciones mutuas que deban hacerse los contratantes, en este caso los sujetos de la relación jurídica de la afiliación como lo son las administradoras de pensiones. Al respecto dijo lo siguiente:

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

[...]

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al *fondo de solidaridad pensional* para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos

legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 *ibidem*-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que *«las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder»*, debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de inejecución del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de inejecución del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, y CSJ SL4360-2019 y SL4062-2021).

Los demás medios exceptivos también se tendrán como no probados, dado el resultado del proceso y lo señalado en precedencia.

Lo anteriormente expuesto resulta suficiente para confirmar la decisión proferida el 16 de diciembre de 2021 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá. Así se decidirá, sin costas en esta instancia ante su no causación.

IV. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

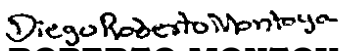
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 012-2019-00668-01

Demandante: CLAUDIA VICTORIA VILLAMIRAR TRUJILLO

**Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y AFP COLFONDOS S.A.**

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la accionada Colfondos S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de febrero de 2022. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Claudia Victoria Villamizar Trujillo promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declarara la nulidad del traslado que hizo del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), efectuada ante Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, con fecha de efectividad el 01 de marzo de 2000, ante la omisión

de éste fondo del deber de informar a la demandante, con prudencia y pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los riesgos, beneficios y desventajas.

Como consecuencia de lo anterior, se condenara a Colfondos S.A. a restituir a Colpensiones, los valores obtenidos en virtud de la vinculación, como cotizaciones y bonos pensionares, con todos los rendimientos que se hubieren causado. Así como cualquier concepto por el que Colfondos S.A. recibido por concepto de la afiliación, como las cuotas de administración, entre otros. De igual modo, se condene a Colpensiones a recibirla como afiliada, así como a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculado en el RAIS y a contabilizar para efectos de pensión, las semanas allí cotizadas.

Se condene Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, al pago de los perjuicios morales ocasionados, debido a la omisión de información importante al momento de la realización del traslado pensional. Lo anterior, más el pago lo que se pruebe ultra y extra petita, junto con las costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente, se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado del RPMPD al RAIS, en cabeza de Colfondos S.A., con fecha de efectividad 01 de marzo de 2000; al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado, al momento de la vinculación a ese fondo privado.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que nació el 25 de febrero de 1963, y para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 31 años; estuvo afiliada al RPMPD hoy en día administrado por COLPENSIONES, con fecha efectiva de traslado a Colfondos S. A. Pensiones y Cesantías, el 01 de marzo de 2000, sin que mediara autorización o consentimiento informado en ese acto, pues no fue asesorada o informada por ese fondo, de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de este Régimen, y en

general las implicaciones sobre su derechos pensionales, que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen de pensiones. Lo anterior en un claro desconocimiento al deber efectivo de información, es decir la omisión de dar información basada en los principios de transparencia, información cierta, suficiente y oportuna.

Informó que, mediante solicitud del 19 de julio de 2019, solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES - el traslado del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad al RPMPD, la cual negó esta solicitud mediante el 22 de julio de 2019. Asimismo, le solicitó a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, el traslado del RAIS al RPMPD el 19 de julio de 2019, obteniendo respuesta negativa el 06 de agosto de 2019.

Finalmente, manifestó que, del actuar de las demandadas, se desprende un perjuicio para ella, quien, por su situación pensional, no goza de una expectativa pensional clara de acuerdo a los aportes realizados (Semanas aportadas al sistema de seguridad social en pensión y capital acumulado), pudiéndose encontrar en una mejor situación pensional (Exp. Digital: «001.CUEDARNO PRINCIPAL (210 folios)». Págs. 1 a 21).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la edad, vinculación en un inicio al régimen de prima media y posteriormente el traslado a una administradora de fondo de pensiones privada – AFP -, sin que los constaran los demás supuestos.

En su defensa, argumentó que el actor gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen lo cual demuestra que era consciente sobre el formulario que suscribió para el cambio de régimen y que la selección del mismo y de la administradora, fue producto de una decisión libre, espontánea y sin presiones. En razón a ello, expuso que la accionante decidió trasladarse de fondo, que fue válidamente afiliada a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. y no se probó error, fuerza o dolo en su afiliación por lo cual no procede la declaratoria de nulidad y/o ineficacia.

Formuló como excepciones de fondo las de «*prescripción y caducidad*», «*inexistencia del derecho y de la obligación*», «*cobro de lo no debido*», «*buena fe*» y «*declaratoria de otras excepciones*» (Exp. Digital: «001.CUEDARNO PRINCIPAL (210 folios)». Págs. 139 a 144).

Colfondos S. A., solicitó negar los requerimientos del demandante e indicó que no estaba demostrada la existencia de un vicio del consentimiento. Respecto de los hechos aceptó la fecha del nacimiento de la accionante, el traslado del RPMPD al RAIS ante esta entidad y frente a los demás dijo no constarle o no ser ciertos.

Para defender su causa, precisó que no se puede concluir que el traslado de régimen es nulo, por cuanto el acto cumplió con todos los presupuestos de ley, y el formulario de vinculación contiene la firma de la accionante, por lo que se establece que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado, y por ende no está viciado el consentimiento.

Presentó las excepciones de mérito de «*Inexistencia de la Obligación*», «*Falta de legitimación en la causa por pasiva*», «*Buena fe*», «*Innominada o genérica*», «*Ausencia de vicios del consentimiento*», «*Validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad*», «*Ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones administrado por Colfondos S.A.*», «*Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado*», «*Compensación y pago*» e «*inexistencia de perjuicios*» (Págs. 168 a 187 ib.).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día diecisiete (17) de febrero de dos mil dos (2022), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora CLAUDIA VICTORIA VILLAMIZAR TRUJILLO al régimen de ahorro individual con solidaridad, materializado el 1 de marzo de 2000, a través de COLFONDOS, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR vinculada a la señora CLAUDIA VICTORIA VILLAMIZAR TRUJILLO al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora CLAUDIA VICTORIA VILLAMIZAR TRUJILLO 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, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento en que se materialice el traslado de los recursos.

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 del traslado de la señora CLAUDIA VICTORIA VILLAMIZARTRUJILLO al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: Absolver a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y a favor de la demandante, inclúyase en el acto de la liquidación la suma de \$2.000.000 por concepto de agencias en derecho [...].

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, aludió a la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en torno a la garantía de la libertad informada y el hecho de que los fondos de pensiones no pueden justificar la falta a su deber de información con decir que al momento de su creación no contaban con la obligación de informar a sus afiliados, pues siempre les ha sido aplicable el Decreto Ley 663 de 1993. Aseveró que es deber de las AFP demostrar que no hubo ninguna irregularidad al momento de brindar la información a los afiliados y por lo tanto tienen la carga de la prueba de proveer a los jueces de todos los medios suficientes que permitan concluir que, al momento del traslado, el afiliado contaba con los elementos de juicio suficientes para efectuar su afiliación o traslado de manera libre y voluntaria.

Expuso, que el traslado al RAIS se encuentra probado con el formulario de afiliación, sin embargo, estimó, que ello no era suficiente para demostrar la existencia del traslado sino que se imponía la verificación de que se produjo bajo el presupuesto de la libre información, de suerte que le correspondía la carga de la prueba al fondo de pensiones de acreditar que cumplió con dicho presupuesto, lo cual no fue demostrado, existiendo una falta directa al deber

de información por parte de Colfondos; concluyendo así que era procedente declarar la ineficacia.

Respecto a los perjuicios reclamados, estimó no eran procedentes por cuanto la única sanción que establece la declaratoria de ineficacia es una multa impuesta por el Ministerio de Trabajo o del Ministerio de Salud, sin que en el proceso hayan quedado demostrado los perjuicios reclamados y porque los aportes retornarán al RPMPD para garantizar la pensión, de modo que debía absolver por esta petición. Sumado a lo anterior, indicó que tal derecho era imprescriptible por estar ligada la solicitud de ineficacia al derecho fundamental a la seguridad social.

II. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. formuló recurso de apelación parcial en contra de la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, porcentaje de pensión a garantía mínima y reaseguros debidamente indexados, argumentando que la sentencia no se ajusta a las realidades fácticas en cuanto a los ítems establecidos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues la sentencia no puede ser ajena a las realidades fácticas que se generaron en el presente caso. Lo anterior, debido a que la demandante se afilió a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. de manera libre y voluntaria, entidad que cumplió con lo establecido en la aludida norma, esto es, administrar la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo cual se hace mediante los descuentos autorizados de los costos de administración para realizar unas inversiones que le generan unos dineros adicionales que se denominan rendimientos, los cuales coadyuvan al incremento de la cuenta de ahorro individual.

De este modo, sostuvo que no hay razón para su devolución, pues sino le asiste el derecho para conservar lo propio en cuanto a la inversión dada, al trabajo realizado a nombre de la demandante, no tendría justificación legal devolver unos rendimientos, como quiera que se estaría causando un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante, como quiera que se está usufructuando de un trabajo sin reconocimiento, desconociendo las restituciones mutuas frente al presente proceso. Por tal

motivo, se avoca a principios constitucionales de equidad y justicia para que sea reconocido el trabajo realizado por la AFP.

Asimismo, señaló que el descuento del fondo de garantía mínima se realizó por mandato legal conforme a lo establecido en el Decreto 4982 de 2007, motivo por el cual no es dable condenar a trasladar un pago que tiene aplicación legal y que además no se encuentra en la cuenta de la actora, pues ese dinero fue remitido a otra entidad encargada de administrar esos recursos, en caso de que la demandante no cumpliera los requisitos para adquirir su mesada pensional de vejez, en términos normales de la Ley 100 de 1993.

Precisó que lo mismo ocurre con los seguros previsionales que cubren los riesgos de Invalidez y muerte, de modo que ya esos dineros fueron girados, lo cual ocurre una vez se suscribe el formulario de vinculación, surgiendo la obligación de contratar la póliza y girar esos dineros a un tercero. Por lo cual, tampoco hay lugar a devolverlos. Solicita que, si en gracia de discusión se confirma tal devolución, se aplique el fenómeno de la prescripción, dado que no hacen parte integrante para el reconocimiento de la mesada pensional y tampoco sería dable ordenar la devolución de manera indexada, dado que no se solicitó en la demanda, por ello no fue materia del debate probatorio, de modo que su concesión resulta vulneradora del debido proceso.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las demandadas presentaron alegatos de conclusión, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por CLAUDIA VICTORIA VILLAMIRAR TRUJILLO del RPMPD al RAIS administrado por

Colfondos Pensiones y Cesantía y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

III. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en el recurso de casación los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 25 de febrero de 1963; que ii) el 03 de septiembre de 1993 se afilió al ISS, entonces administrador del régimen de prima media con prestación definida, y que iii) el 19 de enero de 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. (Exp. Digital: Pág. 205, ib; y «002.FOLIO 125 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO»).

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Bajo ese entendido, se tiene que la demandante alcanzó la edad de 57 años el 25 de febrero de 2020, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. y Colpensiones el 19 de julio de 2019 (Págs. 22 a 54, ib.), es decir, cuando evidentemente le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según la historia laboral aportada a los autos, tenía 14 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: GRP-SCH-

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

HL-66554443332211_1720-20200302085028), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo

Al respecto, se precisa, que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece que los trabajadores tienen la opción de elegir *«libre y voluntariamente»*, el régimen que más les convenga; expresión que, conforme a lo dicho por la Sala de Casación Laboral, supone conocimiento, que se alcanza, cuando se sabe de forma completa, las consecuencias que el acto de traslado acarrea.

Así, no puede entenderse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando se desconoce la incidencia de esa acción frente a los derechos prestacionales, siendo obligación de las administradoras, brindar una información clara y suficiente de los efectos que genera el cambio de régimen, so pena de declararlo ineficaz.

Aunado a ello, desde el nacimiento de las administradoras del régimen de ahorro individual, se les impuso la obligación de suministrar información necesaria para lograr la mayor transparencia, como lo dispone el Decreto 663 de 1993, para garantizar una afiliación libre y voluntaria, lo que implica realizar una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, para que el potencial afiliado tenga conocimiento frente a los mismos y pueda compararlos.

Respecto del deber de información, en la sentencia de casación CSJ SL1688-2019, se anotó:

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

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

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía

un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente

a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas». (negrillas de la sentencia).

Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, implica la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019 y genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba, como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a Colpensiones, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2208-2021 y CSJ SL2209-2021).

Asimismo, en estos asuntos, no puede exigirse una proximidad a pensión, pues esas condiciones no han sido previstas por el legislador y tampoco por la jurisprudencia, *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (sentencia de casación CSJ SL4025-2021).

De otra parte, lo que se juzga en estos asuntos, es la omisión en el deber de información; de allí que la posibilidad de retorno al régimen de prima media con prestación definida no se constituye en argumento con el que pueda avalarse la falta de esa obligación que genera, como con antelación se ha dicho, la ineficacia de ese traslado conlleva a retrotraer las cosas, a su estado inicial, es decir, como si esa acción nunca hubiera existido.

Ahora, en ese contexto decisonal, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la

demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Colfondos el S.A., realizado el 19 de enero de 2000, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, tan solo muestra el consentimiento de la señora Villamizar Trujillo, pero no, que se hubiera acreditado lo dispuesto en el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, en armonía con el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, lo que implica la ineficacia de la afiliación.

De otra parte, frente al argumento de Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., según el cual no hay lugar a transferir los gastos de administración, comisiones y rendimientos, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes por pensión junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989 reiterada en la CSJ SL1501-2022:

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

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

Asimismo, el fallo de primera instancia tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

En lo que respecta al argumento relacionado con la indexación oficiosa de las condenas impartidas, le recuerda la Sala a la recurrente en este puntualísimo aspecto, que el órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras, ha señalado lo siguiente:

[...] la indexación no aumenta o incrementa las condenas, sino, más bien, garantiza el pago completo e íntegro de la obligación. Sin la indexación, las condenas serían deficitarias y el deudor recibiría un menor valor del que en realidad se le adeuda, premisa que tiende a agudizarse en tiempos de crisis y congestión judicial.

En suma, la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral.

En tal medida, se debe confirmar este aparte de la decisión objeto de estudio.

En otro giro, es importante destacar que en la sentencia CSJ SL2877-2020 reiterada en la CSJ SL1499-2022, se deja sentado la postura del alto Tribunal respecto a los efectos de la ineficacia, con relación a las restituciones mutuas que deban hacerse los contratantes, en este caso los sujetos de la relación jurídica de la afiliación como lo son las administradoras de pensiones. Al respecto dijo lo siguiente:

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de

la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional. [...]

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al *fondo de solidaridad pensional* para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 *ibidem*-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que *«las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder»*, debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, y CSJ SL4360-2019 y SL4062-2021).

Los demás medios exceptivos también se tendrán como no probados, dado el resultado del proceso y lo señalado en precedencia.

Lo anteriormente expuesto resulta suficiente para confirmar la decisión proferida el 17 de febrero de 2021 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá. Así se decidirá, sin costas en esta instancia ante su no causación.

IV. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

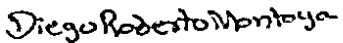
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCIA

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Proceso de Ordinario Laboral: 110013105-018-2017-00559-02

**Demandante: EDNA MARGARITA DE LA VALVANERA
FERREIRA VILLEGAS.**

**Demandada: YESID FRANCISCO FERREIRA VILLEGAS,
TECNOSEÑAL S.A.S. y JIMENA GONZÁLEZ
VILLOTA como integrantes del CONSORCIO
TEJIDO VIAL.**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto dentro del expediente de la referencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrada Sustanciadora, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte accionada Yesid Francisco Ferreira Villegas, Tecnoseñal S.A.S. y Jimena González Villota, contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de octubre de 2021.

I. ANTECEDENTES

Edna Margarita de la Valvanera Ferreira Villegas instauró demanda ordinaria laboral en contra de Yesid Francisco Ferreira Villegas y de manera solidaria contra el Consorcio Tejido Vial, conformado por Tecnoseñal S.A.S., para que se declarara: la existencia de un contrato de trabajo con el señor Ferreira Villegas, entre el 02 de septiembre de 2013 y el 30 de septiembre de 2014, el que finalizó por una causa imputable al empleador; la existencia de un contrato verbal con la sociedad Consorcio Tejido Vial a partir del 01

de octubre de 2014 hasta la actualidad; que su salario es de \$1.500.000. En consecuencia, se condenara a los demandados al pago del auxilio de cesantía, intereses a las mismas, vacaciones, prima de servicios, aportes a la seguridad social en pensiones y riesgos laborales y los salarios causados desde diciembre de 2014 a agosto de 2017, la indemnización moratoria, la sanción de que trata la Ley 50 de 1990 e indexación, al pago de lo ultra y extra petita, junto con las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que: el 02 de septiembre de 2013, suscribió un contrato de trabajo a término fijo por seis meses con Yesid Francisco Ferreira Villegas, para desempeñar el cargo de ingeniera residente en señalización vial en la ciudad de Bogotá, con un salario de \$1.500.000, pagadera en dos quincenas, una de \$800.000 y la otra de \$700.000, sin embargo aquel aportó a seguridad social en pensiones con un salario de \$800.000; el 17 de septiembre de 2013, sufrió un accidente de trabajo, que le produjo una incapacidad hasta el momento en el que presentó la demanda.

Adujo que el 1 de octubre de 2014, se encontraba vinculada en seguridad social en salud en la EPS Cafesalud y en la caja de consensacion Familiar Compensar como trabajadora dependiente del Consorcio Tejido Vial, y el 7 del mismo mes y año, mientras estaba en tratamiento y terapias con la ARL fue desafiliada por parte del señor Ferreira Villegas, por lo que se consolidó un nuevo contrato de trabajo con el Consorcio Tejido Vial, en el que la remuneración pactada fue de \$1.500.000 mensuales.

Aseguró que el Consorcio Tejido Vial, le debe parte de los salarios causados desde diciembre de 2014, se encuentra en terapias y tratamientos con la ARL Colmena ya que no ha sido posible su recuperación, aunado a que, está tramitando su pensión de invalidez por enfermedad común (fls. 4 a 13).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda en un mismo escrito, el Consorcio Tejido Vial y la persona natural convocada, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones. En relación con los hechos, admitieron la prestación personal de servicio en favor de la persona natural, que se dio a través de un contrato de trabajo hasta el 30 de septiembre de 2014, la periodicidad del pago, la

afiliación y la base de cotización a seguridad social. Los demás supuestos fácticos invocados fueron negados, o se precisó, no constarles.

En su defensa explicaron que: la demanda va dirigida contra la persona natural sin ningún vínculo ni nexo con Consorcio Tejido Vial, quien dejó de ser empleador de la demandante desde el 30 de septiembre de 2014, habiéndole pagado todos los conceptos laborales; el salario pactado entre las partes fue de \$800.000, empero en un acto de mera liberalidad tomó la decisión de auxiliar económicamente a su hermana, quien estaba pasando por una difícil situación económica, por lo que le consignaba una suma distinta de \$350.000; el contrato no terminó por una causa que les sea imputable, pues aquel finalizó por mutuo acuerdo, con el fin de que la accionante empezara a trabajar con el Consorcio desde el 01 de octubre de 2014; no se le adeuda suma alguna a la actora.

Propuso como excepciones de mérito las de *«cobro de lo no debido»*, *«buena fe»*, *«prescripción»*, *«excepción innominada»*, *«solicitud de no proferir fallo condenatorio contra Yesid Francisco Ferreira Villegas»*, *«indebida acumulación de pretensiones»*, *«cobro de lo no debido»*, *«solicitud de no proferir fallo condenatorio contra consorcio tejido vial»* (Fls. 95 a 105).

Jimena González Villota como integrante del Consorcio Tejido Vial, se opuso a las pretensiones de la demanda y, en cuanto a los hechos, aceptó el relacionado con la celebración de un contrato verbal, respecto de los demás, adujo no ser ciertos o no constarle. Con relación a las pretensiones, se opuso a las mismas.

En su defensa, sostuvo que el contrato laboral fue finalizado de mutuo acuerdo con Yesid Francisco Ferreira y luego, la accionante inició a laborar para el Consorcio Tejido Vial. Manifestó que de conformidad con el contrato celebrado entre la accionante y el señor Yesid Francisco Ferreira, el salario pactado fue de \$800.000, suma que le fue cancelada.

Propuso como excepciones de fondo las de *«cobro de lo no debido»*, *«buena fe»* y *«solicitud de no proferir fallo condenatorio contra Consorcio Tejido Vial»* (Fls. 173 a 178).

A su turno, por medio de curador ad litem, Tecnoseñal S.A.S, se opuso las pretensiones. Respecto a los hechos de la demanda, adujo no constarle ninguno de ellos.

En su defensa, argumentó que no existe prueba alguna que demuestre la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y la sociedad Tecnoseñal S.A.S., pues las pretensiones están dirigidas en contra de Yesid Franscisco Ferreira, una persona natural ajena a dicha sociedad.

Propuso como excepciones de fondo las de «*prescripción*» y «*excepción genérica*» (Fls. 179 a 181).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día ventiocho (28) de octubre de dos mil veintiuno (2021), declaró:

PRIMERO.- DECLÁRAR que entre el señor YESID FRANCISCO FERREIRA VILLEGAS y TECNOSEÑAL S.A.S. y JIMENA GONZALEZ VILLOTA, estos dos últimos como integrantes del CONSORCIO TEJIDO VIAL, se presentó una SUSTITUCIÓN PATRONAL a partir del 1 de Octubre de 2014.

SEGUNDO.- DECLÁRESE que entre la Señora EDNA MARGARITA DE LA VALVANERA FERREIRA VILLEGAS, en calidad de trabajadora y la sociedad TECNOSEÑAL S.A.S. y JIMENA GONZALEZ VILLOTA como integrantes del CONSORCIO TEJIDO VIAL, en calidad de empleadoras, existió un contrato de trabajo a TÉRMINO FIJO, desde 2 de Septiembre de 2013 al 30 de Agosto de 2017, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO.- CONDENAR a la sociedad TECNOSEÑAL S.A.S. y JIMENA GONZALEZ VILLOTA como integrantes del CONSORCIO TEJIDO VIAL, al pago de las siguientes sumas de dinero:

a. Cesantías, Intereses a las Cesantías, primas de servicios y vacaciones

1. Para el año 2014, del 8 de septiembre de 2014 a diciembre de 2014 por un salario de \$1.500.000, teniendo en cuenta una diferencia \$700.000, de Cesantías (01/01/2014 a 31/12/2014), \$700.000. intereses a las cesantías \$26.367, prima de servicios \$219.722, vacaciones \$109.861, para un total de \$1.055.950.
2. Para el año 2015 (enero, marzo, abril, mayo y Junio – Salario de \$836.800 – Diferencia \$36.800. Cesantías \$235.056, intereses a las cesantías \$28.207, prima de servicios \$235.056, vacaciones \$ \$117.528, para un total de \$615.846.

b. Aportes a Seguridad Social en Pensión

A pagar la totalidad de los aportes en pensión por el periodo comprendido entre el mes de noviembre de 2013 a diciembre de 2014 y para los meses de enero, marzo, abril, mayo y junio de 2015, servidos por la Señora EDNA MARGARITA DE LA VALVANERA FERREIRA VILLEGAS, previo calculo actuarial que realice el Fondo en que se encuentra afiliado el demandante PROTECCIÓN, y con los siguientes ingresos base de cotización:

Año	IBC
2014	\$1.500.000
2015	\$836.800

c) Intereses moratorios

Por la suma de \$26.666 diarios, hasta por 24 meses, esto es, del 30 de agosto de 2017 al 29 de agosto de 2019, para un total de \$19.200.000, corriendo a partir de dicha fecha, esto es, 30 de Agosto de 2019, solamente intereses moratorios por el valor impago relacionado con prestaciones sociales debidas (cesantías).

d) Sanción por no consignación de las cesantías para el año 2014 la suma de \$3.926.666.67 y para el año 2015 \$9.747.200.

CUARTO.- ABSOLVER a la demandada TECNOSEÑAL S.A.S. y JIMENA GONZALEZ VILLOTA como integrantes del CONSORCIO TEJIDO VIAL, de las demás pretensiones presentadas en su contra por parte de la demandante, Señora EDNA MARGARITA DE LA VALVANERA FERREIRA VILLEGAS, en atención a lo expuesto en la presente decisión.

QUINTO.- DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de PRESCRIPCION. Dado el resultado de la Litis, el despacho se releva del estudio de las demás excepciones presentadas por la parte demandada.

SEXTO.- CONDENAR en costas a la parte demandada, señálense como agencias en derecho la suma de \$1000.000., valor que deberá ser cancelado por cada una de las demandadas a favor del demandante.
[...].

Para arribar a la anterior decisión, indicó que el artículo 67 del CST consagra el fenómeno de la sustitución patronal, el cual consiste en el cambio de empleador por otro, por cualquier causa aun por transferencia del dominio de la empresa, sin que cese en el giro ordinario de sus negocios, ni concluya la actividad o relación del trabajo, de tal suerte que para que opere la sustitución patronal se requiere: i) un cambio de patrono por cualquier causa; ii) que haya una continuidad en la prestación del servicio por parte del trabajador; iii) que haya continuidad en el desarrollo de las labores del establecimiento.

En ese orden, manifestó que se acreditaron los elementos propios de la sustitución patronal, pues el contrato de trabajo fue finalizado para que la actora fuera vinculada por el Consorcio Tejido Vial, tal como lo aceptaron las demandadas al contestar la demanda. Asimismo, argumentó que la demandante siguió ejerciendo las mismas labores como ingeniera, sin que en nada cambiara el objeto contractual de la relación laboral, pues así lo afirmó la representante legal de la sociedad TECNOSEÑAL S.A.S., aunado a que, las representantes legales del CONSORCIO TEJIDO VIAL manifestaron que el pago del salario de la trabajadora, a veces se hacía a través del señor Yesid Francisco Ferreira Villegas. Por ello, encontró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, el cual se prorrogó e inició con Yesid Francisco Ferreira Villegas y posteriormente, bajo la figura de la sustitución patronal, el rol de empleador fue asumido por el Consorcio Tejido Vial en cabeza de los miembros del mismo, relación que estuvo vigente hasta el 30 de agosto de 2017. Afirmó que de conformidad con las planillas de seguridad social, los desprendibles de nómina y la liquidación final de acreencias laborales, se podía colegir que el salario devengado por la demandante fue de \$800.000, no obstante, durante los meses de noviembre de 2013 a diciembre de 2014, el salario correspondió a \$1.500.000, tal como se evidencia de las consignaciones bancarias efectuadas por el señor Yesid Francisco Ferreira Villegas, así como lo señalado por el señor Cristian Camilo Valbuena González, es decir, el ex auxiliar contable del señor Ferreira, quien afirmó que las cuentas de nómina de la demandante eran por valor de \$1.500.000. Igualmente, halló que, para los meses de enero a junio de 2015, el salario de la demandante fue de \$836.800.

De otro lado, resaltó que la relación laboral finalizó el día 30 de agosto de 2017 y la demanda fue presentada el 08 de septiembre de 2017, por lo que procede el pago de la reliquidación de las acreencias laborales desde el 08 de septiembre de 2014 al 30 de agosto de 2017, salvo las cesantías que no están llamadas a prescribir. Mencionó que en tratándose de la indemnización por despido sin justa causa, le incumbe al trabajador acreditar el hecho del despido, precisando que, al haberse declarado la existencia de una única relación laboral en virtud de la sustitución patronal, no es dable condenar al pago de dicha indemnización, pues no se probó una terminación anterior al 30 de agosto de 2017.

II. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de los demandados, formuló recurso de apelación, argumentando para tal efecto que la A quo debió revisar la existencia de dos contratos de trabajo independientes entre sí. Arguyó que la demandante tuvo la intención de finalizar el vínculo laboral con el señor Yesid Ferreira, tanto así que en su interrogatorio de parte, aseguró conocer que iba a laborar para la empresa Tecnoseñal S.A.S. Resaltó que no es dable afirmar que operó la sustitución patronal, por cuanto aquella consiste en el cambio, sustitución o reemplazo del empleador, empero la empresa que representa el señor Ferreira nunca dejó de existir, pues lo que ocurrió fue que la demandante tuvo el deseo de ir a trabajar con la empresa Tecnoseñal S.A.S. y en virtud de eso, el contrato laboral se finalizó, habiendo solución de continuidad y no una sustitución patronal. Mencionó que la demandante se siente atropellada y decidió instaurar la demanda, sólo porque el señor Ferreira dejó de brindarle su ayuda económica, misma que fue mencionada por los testigos. Por otra parte, indicó que la A quo tuvo por probado que el salario de la demandante fue de \$1.500.000, sólo a partir de lo narrado por un testigo y por las consignaciones que se realizaban a la accionante, sin haber analizado la naturaleza del salario, esto es, la retribución del servicio. En este punto destacó que, se probó que antes de que iniciara la relación laboral con el señor Yesid Ferreira, la actora percibía una suma aproximada de \$700.000, misma que se incrementó a \$800.000 cuando ingresó a trabajar con el demandado. Explicó que los \$700.000 que eran cancelados por el señor Ferreira eran una ayuda económica que aquel brindaba a todos sus hermanos, incluida la accionante. Aseveró que al no existir prueba de que el salario de la demandante era de \$1.500.000, la reliquidación de acreencias no es procedente y, por ende, tampoco la sanción por el no pago de las cesantías. De otro lado, indicó que no procede el pago de la sanción moratoria frente a una reliquidación que fue concedida sólo con la sentencia atacada. Solicitó que se verifique la totalidad del material probatorio allegado, pues no existió una sustitución patronal, precisando que la demandante por su propia voluntad, inició a trabajar para el Consorcio Tejido Vial, aunado que, aquella nunca prestó el servicio para dicha sociedad, pues después del primer día en el que fue afiliada a seguridad social, no volvió a asistir. Recalcó que entre la demandante y el Consorcio Tejido Vial no existió una relación laboral, porque aquella nunca asistió a

prestar el servicio, explicando que si se efectuó la afiliación fue hasta que aquella recibió la protección de pensión, pero no hubo una relación laboral y menos cuando no se probaron los elementos esenciales de ella. En ese orden, concluyó que al no haber existido una relación laboral entre la actora y el Consorcio Tejido Vial, no es posible afirmar que existió una sustitución patronal, por tanto, la trabajadora no siguió desempeñando las funciones que venía haciendo con anterioridad. Solicitó se revoque la sentencia y se condene en costas a la demandante.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte accionada presentó alegaciones en similares términos a los de la alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. Por su parte, la actora presentó alegatos de conclusión solicitando que se confirme la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación resolver los siguientes problemas jurídicos: **i)** determinar si existió una relación laboral entre la demandante y Yesid Francisco Ferreira, así como con el Consorcio Tejido Vial, y si entre aquellos se configuró una sustitución patronal; **ii)** en caso de encontrarse configurados los elementos del contrato de trabajo, analizar si el salario de la accionante fue de \$1.500.000 y; **iii)** si procede el reconocimiento y pago de las acreencias ordenadas en primera instancia, incluida la sanción moratoria.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver los problemas jurídicos planteados, se recuerda que el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda, a cambio de una remuneración. A su vez, el artículo 23

ibídem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe una relación laboral y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual *«toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo»*, y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

Ahora bien, con el fin de analizar la existencia del vínculo laboral que unió a las partes, se evidencia que obra en el plenario, copia del contrato de trabajo a término fijo celebrado entre la demandante y Yesid Francisco Ferreira Villegas, en el que se indicó que el cargo a desempeñar sería el de «Ingeniera», a cambio de una remuneración mensual de \$800.000 y que las labores iniciarían el día 02 de septiembre de 2013 (fls. 17 a 19). Igualmente, obra certificación laboral expedida por el señor Ferreira, en la que manifiesta que la accionante laboró bajo la razón social registrada a su nombre desde el 02 de septiembre de 2013 hasta el 30 de septiembre de 2014 y que desde el 01 de octubre del mismo año laboraba para el Consorcio Tejido Vial (fl. 35).

Dentro de las pruebas documentales, militan en el plenario certificados de aportes a seguridad social en salud y de afiliación a la ARL Colmena, documentos en los que aparece que la fecha de retiro de la accionante de la empresa de Yesid Ferreira ocurrió en el mes de octubre de 2014 (fl. 22 y 27). Dichas probanzas también obran respecto del Consorcio Tejido Vial, en

los que se evidencia que dicha Unión efectuó cotizaciones al sistema de seguridad social integral a favor de la demandante desde los meses de octubre de 2014 hasta el de abril de 2017 (fls. 20 a 34).

De otra parte, se verificó interrogatorio de parte de la demandante, donde manifestó que: es hermana del demandado, Yesid Francisco Ferreira, con quien trabajó desde el 02 de septiembre de 2013 hasta aproximadamente el mes de septiembre de 2014, momento desde el que fue afiliada a la ARL por parte del Consorcio Tejido Vial, sin que le informaran sobre dicho cambio; su hermano no le canceló lo acordado, esto es, \$1.500.000, explicando que la suma de \$800.000 era el salario legal, mientras que \$700.000 se los cancelaba *«por debajo»*, de forma que no eran tenidos en cuenta para el pago de las prestaciones sociales; se enteró que había sido afiliada por parte del Consorcio cuando solicitó una cita médica, pues no le comunicaron sobre dicho cambio; el demandado hermano, le indicó que se trataba de un contrato verbal con el Consorcio pero que continuaría con las mismas condiciones laborales; que, legalmente éste no hace parte del Consorcio, sin embargo, era conocido que aquel sí estaba en el mismo; que siempre desempeñó las mismas funciones bajo las órdenes de su hermano porque era quien tenía conocimientos en señalización; durante su vinculación con el Consorcio estuvo incapacitada, empero no realizó los recobros de las incapacidades porque no sabía cómo se hacía el trámite y su movilidad se dificultaba; y que la relación laboral con el señor Ferreira finalizó cuando la desafilieron de la EPS para hacerlo mediante el Consorcio, es decir, aproximadamente en octubre de 2014.

A su turno, en interrogatorio de parte, de Yesid Francisco Ferreira, manifestó que: el salario acordado con su hermana, hoy demandante fue de \$800.000 mensuales, sin embargo, por su parentesco antes que iniciara la relación laboral, él le concedía una ayuda económica, misma que se mantuvo incluso durante la vinculación laboral; el contrato laboral con la accionante fue terminado de mutuo acuerdo, toda vez que cuando el Consorcio ganó la licitación con el INVIAS de Norte de Santander, se requería un ingeniero residente, cargo que fue aceptado por la accionante, quien no podía seguir como afiliada de su empresa, sino que debía serlo por el Consorcio; la actora debía viajar a Norte de Santander para cumplir con las funciones de su cargo en el Consorcio, sin embargo, no viajó y se

incapacitó, por lo que él siguió pagando su salario y las prestaciones sociales para ayudarla; a la actora le fue reconocida la pensión en el mes de agosto de 2017, sin embargo, la misma le fue revocada porque el porcentaje de pérdida de capacidad laboral fue reducido; y que el Consorcio está conformado por Tecnoseñal S.A.S. y Jimena González, explicando que cuando el Consorcio gana licitaciones, a veces lo llaman a él para ejecutar la obra.

De igual manera, la señora Miriam Cubillos Muñoz, en su calidad de representante legal de Tecnoseñal S.A.S. y del Consorcio Tejido Vial, manifestó que: realizó una unión con la señora Jimena González para ejecutar una obra en la Territorial Norte; cuando la demandante se graduó como ingeniera civil inició a laborar en la empresa del señor Yesid Ferreira, sin embargo, aquella se retiró de la misma para iniciar su propia compañía, pero perdió su dinero; la accionante estaba en esa situación, el señor Ferreira decidió ayudarla económicamente por ser su hermana, así que la contrató en su empresa nuevamente; el Consorcio necesitaba una ingeniera para labores básicas, así que le preguntaron a la convocante si quería iniciar a trabajar allí y aquella aceptó, no obstante, jamás prestó el servicio, dado que no se presentó a la obra (ubicada en Norte de Santander) a trabajar; que la actora no prestó el servicio, ni hubo subordinación, puesto que el señor Ferreira era quien le cancelaba el salario y la tenía afiliada a seguridad social para que pudiera alcanzar la pensión; que la demandante no quiso viajar a Norte de Santander, sino que consiguió una incapacidad y seguía recibiendo la ayuda económica de sus hermanos, aclarando que el salario de aquella nunca salió del patrimonio del Consorcio; y el salario devengado por la actora era de \$800.000, cantidad que coincidía con la pactada con el señor Ferreira, precisando que no sabe la razón por la cual en el formulario de Compensar aparece que el salario es de \$1.500.000, empero aclaró que en algunas ocasiones esos formularios eran diligenciados por la hoy accionante.

En el mismo sentido, la señora Jimena González Villota como socia del Consorcio Tejido Vial, indicó que no conoce personalmente a la demandante, pues sólo sabe que es hermana del señor Ferreira, quien fue afiliada por parte del Consorcio porque aquella iba a trabajar allí, sin embargo, jamás se presentó a desempeñar sus funciones, ni hubo

subordinación, aclarando que no fue desafiliada del sistema de seguridad social para ayudarla con su situación pensional; que el Consorcio sólo duro tres meses, pues la obra se ejecutó desde el 28 de septiembre de 2014 hasta el 29 de diciembre del mismo año, es decir que la Unión no pudo tener personal más allá de ese tiempo y que la actora no fue desafiliada porque el señor Ferreira quería ayudarla, por eso, él fue quien asumió esos gastos hasta cuando su hermana obtuvo la pensión.

Por otro lado, se recaudó el testimonio de Christian Camilo Valbuena González, quien conoce a la demandante desde hace siete años por haber trabajado a su lado cuando desempeñó el cargo de auxiliar contable para el señor Ferreira; que el salario de la accionante era de \$1.500.000, explicando que una parte era pagada por nómina y otra, por medio de una cuenta de cobro por un servicio de transporte; que él elaboraba la cuenta de cobro y la firmaba la actora, lo que sucedía también con otras dos personas de la empresa y que las cotizaciones a seguridad social se realizaban sobre la suma de dinero que era salario, no sobre lo que se pagaba por medio de la cuenta de cobro; que el empleador directo de la accionante era el señor Ferreira, aunado a que, en el mes se realizaban dos pagos quincenales, cada uno de \$750.000; que laboró para el señor Ferreira desde enero de 2014 hasta agosto del mismo año, por lo que no conoce cómo finalizó la relación laboral con aquella y que su cargo era ingeniera de obra, pero sólo la vio salir a una obra en una ocasión.

De otra parte, Diana Consuelo Baracaldo Rubio declaró que conoce a la demandante porque trabajaba para el señor Ferreira, con quien ella también laboró desde el 01 de octubre de 2012 hasta el 17 de septiembre de 2017, desempeñando el cargo de auxiliar de licitaciones y auxiliar contable, devengaba un salario de \$800.000, sin que recibiera otra suma adicional, quien trabajó en la empresa del señor Ferreira hasta noviembre de 2014, cuando de mutuo acuerdo finalizaron la relación laboral; que trabajó en el Consorcio como Auxiliar Contable, por lo que dentro de sus funciones debía realizar las afiliaciones a seguridad social de los trabajadores, aclarando que la accionante fue afiliada por parte del Consorcio, pero aquella nunca prestó sus servicios porque estaba incapacitada; que a la demandante no se le realizó una afiliación con un salario de \$1.500.000, sino que la afiliación virtual se realizó con un sueldo

de \$800.000, para el cargo de Ingeniera Residente en el Consorcio, pero nunca prestó el servicio, ni hubo subordinación, ni recibió órdenes de los representantes del Consorcio, empero, se le cancelaron los auxilios hasta cuando cumplió 180 días de incapacidad, momento en el que se le indicó que debía realizar los recobros; que la accionante fue desafiliada del Consorcio cuando la AFP Protección le notificó el reconocimiento pensional a favor de la trabajadora; que el Consorcio fue conformado para la ejecución de un contrato en la Territorial INVIAS-Norte de Santander para hacer unas obras de señalización, misma que estaba sujeta a un tiempo de duración de tres (3) meses; que la demandante es hermana del señor Ferreira, por lo que aquel le daba al CONSORCIO las sumas para que le pagaran el salario a la misma.

Igualmente, Luis Cayetano Ferreira Villegas manifestó que es hermano de la demandante y del demandado, Yesid Ferreira, con quien trabajó desde el 2011 hasta el 2015, momento en el que inició a laborar en la sociedad Ferrería S.A.S. Indicó que la accionante le solicitó a él y a otro hermano que la ayudaran para volver a trabajar en la empresa del señor Yesid Ferreira porque estaba sin trabajo y así fue, el accionado la vinculó y posteriormente, de mutuo acuerdo finalizaron el contrato de trabajo para que la actora iniciara a trabajar por medio del Consorcio. Aseguró que el salario de la actora era de \$800.000 porque eso fue lo acordado para que ella fuera vinculada a la empresa del señor Ferreira. Esgrimió que son tres hermanos mayores y siempre ayudaron a la accionante por la hermana menor, explicando que el encartado, Yesid Ferreira la ayudaba económicamente incluso antes de que ella comenzara a trabajar con él; que el salario de la demandante era de \$800.000, sin embargo, el señor Ferreira le cancelaba algo más porque su hermana tenía una situación económica muy difícil, pero eso no era parte del salario.

Asimismo, Mónica Andrea Suaza Correa expresó que conoce a la accionante porque es hermana de Yesid Ferreira, con quien trabajó como contadora, aunado a que, fue la contadora pública del Consorcio y en la actualidad trabaja en Tecnoseñal S.A.S.; que la demandante fue contratada para ser ingeniera residente pero nunca se presentó a prestar el servicio, ni cumplió horario alguno, no recibió órdenes, aclarando que no fue desafiliada del sistema de seguridad social porque el señor Ferreira solicitó que no la

desafilieran, sino que él asumiría el pago de las acreencias laborales de su hermana, mientras recibía la pensión y que el Consorcio no desembolsó el dinero, sino que aquel provenía del señor Ferreira, quien no era partícipe de la Unión.

Teniendo en cuenta, el acervo probatorio esbozado, para la Sala es claro que la demandante prestó sus servicios para el señor Yesid Francisco Ferreira Villegas desde el 02 de septiembre de 2013, pues así lo prueba el contrato de trabajo celebrado entre aquellos (fls. 17 a 19), la certificación expedida por el demandado (fl. 35), así como lo depuesto en los interrogatorios y testimonios recaudados.

Ahora bien, se evidencia que, en el certificado de aportes a seguridad social en salud, aparece una novedad de retiro en el mes de octubre de 2014 (fl. 22), y a la par, se registra el inicio de cotizaciones por parte de Consorcio Tejido Vial a favor de la demandante, desde el mes de noviembre de 2014 (fl. 25), lo que se ve corroborado por los certificados de afiliación expedidos por Colmena, donde se indicó la fecha de ingreso de la accionante a cargo del señor Ferreira fue el 10 de septiembre de 2013 y su retiro ocurrió el 07 de octubre de 2014 (fl. 27), mientras que, reportó el ingreso al Consorcio Tejido Vial el 01 de octubre de 2014 y un retiro el 17 de noviembre de 2016, junto con un nuevo ingreso el día 23 de diciembre de 2016 (fl. 29).

Esclarecido lo anterior, en este punto, es necesario recordar, que conforme al artículo 67 del CST y lo adoctrinado por la H. Sala de Casación Laboral, se entiende por sustitución de empleadores todo cambio de un empleador por otro, *«por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios»*.

En efecto, el Alto Tribunal en sentencia CSJ SL3127-2021, recordó: *«para que opere la figura jurídica de sustitución de empleadores es necesario que se cumplan los siguientes presupuestos: (i) cambio de empleador, (ii) continuidad de empresa o identidad de establecimiento, y (iii) continuidad en los servicios que presta el trabajador»*, y en la providencia CSJ SL 4409-2021, explicó que para la configuración de la sustitución del empleador se necesita *«que subsista la identidad del establecimiento, considerado como*

una unidad de explotación económica (art. 194 CST), y se transmita de una persona a otra, con total independencia del acto jurídico que dé lugar a ella, esto es, a través de una compraventa, permuta, concesión, comodato, o con el simple cambio del régimen de administración; es decir, a cualquier título. (CSJ SL3003-2020)».

Conforme lo anterior, esta Sala concluye de entrada, que la relación laboral entre la accionante y Yesid Francisco Ferreira finalizó en el mes de septiembre de 2014, sin que se pueda predicar la existencia de la sustitución patronal, como lo estableció la a quo en la decisión objeto de estudio, pues no se acreditaron los requisitos establecidos en los términos precisos del artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo y de la jurisprudencia referida. En efecto, del acervo probatorio recaudado, no es posible determinar identidad del establecimiento o unidad de empresa entre Yesid Ferreira Villegas, quien, por demás, se encuentra inscrito en el registro mercantil como persona natural, de modo que, resulta imposible establecer un cambio o sustitución patronal en estas condiciones; aunado a ello, tampoco existe elemento probatorio alguno orientado a verificar que se haya podido establecer tal sustitución patronal, incluso, de una eventual cesión del contrato al consorcio del cual, no hace parte el demandado hermano de la actora.

Sumado a lo anterior, resulta diáfano que la parte actora ni siquiera acreditó la prestación personal del servicio a favor del Consorcio Tejido Vial, pues las afiliaciones y cotizaciones a seguridad social, en su defecto la historia laboral contentiva de aportes a pensión, como bien lo ha enseñado la jurisprudencia laboral no es prueba plena de la existencia del contrato de trabajo, pues *«aquella tan solo acredita los aportes del trabajador al sistema de seguridad social y, por lo mismo, no demuestra la existencia de una relación laboral o la ausencia de esta en un determinado tiempo»* (CSJ SL4697-2021), desde luego, que no prueban la prestación personal del servicio, elemento que necesariamente debe ser acreditado por el trabajador para dar lugar a la aplicación de la presunción consagrada en el artículo 24 del CST. En ese sentido, las cotizaciones a seguridad social y los pagos realizados a la accionante por parte del Consorcio Tejido Vial deben ser apreciados de manera conjunta con los demás medios probatorios, especialmente los testimonios de Diana Consuelo Baracaldo Rubio y Mónica Andrea Suaza Correa, quienes fungieron como trabajadoras del área

contable tanto de la empresa conformada por el señor Ferreira, como del Consorcio y por ende, les consta que la demandante nunca prestó sus servicios para el Consorcio Tejido Vial, pues no se presentó a laborar.

En este punto, se advierte que la demandante arguyó haber estado incapacitada durante toda la duración de la relación laboral con el Consorcio Tejido Vial, sin embargo, en el plenario no obra prueba alguna que permita colegir que ello fue así, pues no se arrimaron elementos de prueba que así lo acrediten, verbigracia, los certificados de las incapacidades o historia clínica, ni algún documento que demuestre que aquella presentaba dichas incapacidades ante el Consorcio.

Al mismo tiempo, precisa la Sala, que la certificación laboral emitida por el señor Ferreira el día 17 de febrero de 2016 (fl. 35) sólo puede ser tomada en cuenta en lo que respecta a la información que atañe a la razón social «*YESID FRANCISCO FERREIRA VILLEGAS con Nit: 12.227.758-3*», pues el demandado no estaba facultado, ni hacía parte del Consorcio Tejido Vial como para emitir una certificación con efectos extensivos que comprometiesen a dicha Unión, dado que de conformidad con el documento denominado «*Modelo de la carta de información de Consorcio*», aquel estaba compuesto solamente por la sociedad TECNOSEÑAL S.A.S. identificada con Nit. 900.243.880-2 y por Jimena González Villota con Nit. 59.819.448-7, y su representación legal estaría en cabeza de la señora Miriam Cubillos Muñoz (fl. 106 y 107).

Aunado a lo anterior, no se puede dejar de lado que el demandado Yesid Francisco Ferreira y las señoras Miriam Cubillos y Jimena González coincidieron en indicar que era el primero de los mencionados, quien pagaba los salarios y prestaciones sociales de la actora, por ser su hermana, aun cuando aquella había sido afiliada por parte del Consorcio, máxime cuando lo dicho por aquellos se acompaña con las declaraciones de las señoras Diana Consuelo Baracaldo Rubio y Mónica Andrea Suaza Correa, quienes explicaron que el señor Yesid Ferreira pagaba los salarios y prestaciones sociales de la demandante, sólo para que aquella pudiera continuar el proceso de reconocimiento pensional. Igualmente, Luis Cayetano Ferreira Villegas afirmó que, al ser los hermanos mayores siempre se vieron en la obligación de socorrer a la demandante por ser su hermana menor.

En ese contexto, para esta Colegiatura resulta más que evidente, que el lazo sanguíneo entre la demandante y Yesid Ferreira, influyó para que el demandado siguiera cancelándole el salario, los aportes a seguridad social y las prestaciones sociales a su hermana, con el fin de no dejarla desprotegida a los riesgos de salud y/o seguridad social integral, sin que en la realidad se pueda predicar la existencia de una relación laboral entre la accionante y el CONSORCIO TEJIDO VIAL.

En ese orden, esta Sala encuentra que entre la accionante y el señor Yesid Francisco Ferreira existió una relación laboral desde el 02 de septiembre de 2013 hasta el mes de septiembre de 2014, mientras que, no se acreditó la prestación personal del servicio a favor del Consorcio Tejido Vial, de forma tal que no es posible predicar la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y el referido consorcio. Por ello, habrá de revocarse este puntual aspecto de la sentencia y seguidamente, se procede al estudio relativo al salario devengado por la accionante durante dicha relación laboral.

SALARIO

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, sólo es procedente estudiar si durante la vigencia de la relación laboral entre la demandante y el señor Ferreira, aquella devengó un salario de \$1.500.000, tal como lo halló la A quo.

Para el efecto, se evidencia que a folio 37 del plenario, aparece un extracto de la cuenta corriente de Banco de Bogotá a nombre de la demandante, en la que se evidencian consignaciones realizadas desde el mes de octubre de 2013 hasta diciembre de 2014, sin embargo, dicho documento no prueba la fuente de cada consignación, es decir, quién emitía esos pagos a favor de la demandante, sin que sea posible afirmar que haya sido el demandado, pues los comprobantes de consignación obrantes a folios 38 a 55 del expediente, casi ilegibles por demás, no respaldan cada una de las consignaciones que aparecen en el aludido extracto. Asimismo, los comprobantes de nómina que reposan en el plenario (fls. 56 a 66) no contienen una suma adicional al salario básico como para deducir que la demandante recibía un rubro adicional. Aunado a lo anterior, se debe recordar que el señor Christian Camilo Valbuena González afirmó que, para

el pago del resto del salario de la demandante, se debía allegar una cuenta cobro, no obstante, la parte actora no aportó ningún documento de ese tipo que permita colegir que le era cancelada una suma adicional a la del salario pactado.

De esta forma, es evidente que la parte actora no acreditó que, durante la relación laboral, el demandado le haya pagado un salario de \$1.500.000, y menos aún que todas las sumas dinerarias recibidas del demandado, su hermano, hayan tenido la finalidad de remunerar sus servicios personales, de carácter laboral.

La situación anterior, permite asignarle razón a la parte recurrente, pues sólo se acreditó la existencia de la relación laboral entre la demandante y el señor YESID FRANCISCO FERREIRA, no se probó la prestación personal del servicio a favor del CONSORCIO TEJIDO VIAL y por ende, no hay lugar a predicar la existencia de un con ésta contrato de trabajo, mucho menos una unidad contractual con el primero de los mencionados, contrario sensu, los pagos realizados a aquella se explican por la relación de familiaridad que llevó a que el demandado no desamparara a la demandante para que pudiera consolidar su derecho pensional. Asimismo, la parte actora no demostró que haya recibido el salario alegado, esto es, \$1.500.000, situación que, por sustracción de materia, impide continuar con el estudio de lo relativo a la reliquidación de prestaciones sociales y de aportes a seguridad social e indemnización moratoria, razón por la que se impone la absolución de la parte demandada.

Por lo expuesto, se revocará la decisión de primer grado para absolver a la parte demandada. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia ante su no causación. Las de primera instancia corren a cargo de la parte demandante.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de estudio, para en su lugar, **ABSOLVER** al señor Yesid Francisco Ferreira Villegas y al Consorcio Tejido Vial conformado por la sociedad Tecnoseñal S.A.S. y la señora Jimena González Villota de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

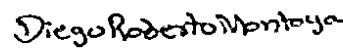
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia corren a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.


ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCIA
Magistrada


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 020-2019-00406-01

Demandante: PASTOR GUILLERMO VELÁSQUEZ CORREA

**Demandadas: INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA LTDA –
INDUPALMA LTDA. EN LIQUIDACION Y
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES.**

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre del mismo año, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la accionada Indupalma Ltda., contra la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de abril de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Pastor Guillermo Velásquez Correa llamó a juicio a Industrial Agraria La Palma Ltda. – Indupalma Ltda., y a Colpensiones, para que se declarara que: existió un contrato de trabajo con la primera, desde el 12 de septiembre de 1977 hasta el 19 de febrero de 1991; que es beneficiario de la Convención

Colectiva que regía al momento de terminación del contrato, en virtud de la cual, tiene derecho a la pensión de vejez.

En consecuencia, se condene a Indupalma Ltda. a pagar la pensión de vejez, junto con el retroactivo al que haya lugar; los perjuicios causados por el no reconocimiento pensional; las costas del proceso y lo que resultare probado ultra y extra petita.

Subsidiariamente, para que se declarara que desde el 12 de septiembre de 1977 hasta el 19 de febrero de 1991, se encontraba vinculado mediante contrato de trabajo a la empresa Indupalma Ltda. y, que debió realizar los aprovisionamientos necesarios para el pago de las cotizaciones a la seguridad social, en virtud de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 y 6° del Decreto 1824 de 1965, correspondiente al tiempo anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y ser beneficiario del régimen de transición.

Como consecuencia de lo anterior, se ordenara a Colpensiones realizar el cálculo actuarial del tiempo en que trabajó para Indupalma Ltda. y que no fue cotizado; que se condenara a Indupalma Ltda., a realizar el pago del respectivo título pensional en Colpensiones; se ordenara a Colpensiones a pagar la pensión de vejez a la que tiene derecho; se condenara a la demandada a pagar los perjuicios causados por el no pago de las cotizaciones a seguridad social; las costas del proceso y lo que resultare probado ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, en que nació el 05 de mayo de 1931, e ingresó a trabajar en la empresa Indupalma Ltda. el día 12 de septiembre de 1977 hasta el 19 de febrero de 1991, en que fue terminada la relación laboral por mutuo acuerdo; era beneficiario de la convención colectiva vigente al momento de la terminación del contrato, puesto que esta regía para todos los trabajadores de la empresa; que en dicha convención colectiva se contemplaba un régimen pensional consistente en que, una vez cumplidos los requisitos legales para obtener el derecho a la pensión de jubilación, la empresa se encargaría de pagar la pensión al trabajador.

Agrego, que en el tiempo que perduró la relación laboral, Indupalma Ltda. nunca realizó los aprovisionamientos consagrados en los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, además de lo contemplado en el artículo 6° del Decreto 1824 de 1965. Tampoco se le afilió al ISS; que Indupalma Ltda., mediante comunicación del 19 de noviembre de 2014 manifestó haberlo afiliado al ISS - lo cual no se hizo - y admite su responsabilidad frente al pago de las cotizaciones faltantes frente al ISS, hoy Colpensiones.

Precisó, que los días 17 de agosto de 2018 y 22 de octubre de 2018 hizo reclamación escrita ante Indupalma Ltda. sobre su derecho pensional, los cuales fueron resueltos negativamente, mediante comunicaciones enviadas el 22 de agosto de 2018 y el 29 de octubre de 2018.

Asimismo, el 22 de octubre de 2018 se envió derecho de petición a Colpensiones, mediante el cual se solicitaba información acerca de la situación pensional y, que se informara si tenía derecho al reconocimiento de la pensión; que dicha petición fue respondida el 25 de octubre de 2018, informándole que no se encuentra afiliado a Colpensiones.

Refirió que, mediante comunicación del 6 de diciembre de 2018, Colpensiones puso en conocimiento que el ISS llamó a los empleadores del municipio de San Alberto - Departamento del Cesar, el día 28 de noviembre de 1990, los cuales *«debían constituir reservas de capital, de tal suerte que al ser requeridos por el ISS, el empleador hiciera entrega de la provisión de recursos que había realizado por cada trabajador y así pudiera obtener el reconocimiento pensional»*.

Anotó que el 22 de octubre de 2018 se envió Derecho de Petición a ASOFONDOS, solicitando que se informara si se encontraba afiliado a alguna AFP, a lo cual, se le respondió el 2 de noviembre de 2018, informando que no se encuentra afiliado a ninguna AFP.

Mencionó que el 28 de noviembre de 2018 se envió un nuevo derecho de petición a Indupalma Ltda., solicitando que se hiciera entrega de la convención colectiva que regía durante el tiempo en que prestó sus servicios en la empresa; pero dicha petición fue resuelta de manera negativa.

Finalmente indicó que al no haberse reconocido sus derechos pensionales convencionales por parte de Indupalma Ltda., así como tampoco efectuó el pago de las cotizaciones a seguridad social, se le han ocasionado graves perjuicios, dado que pudo haber iniciado el disfrute de su derecho desde el 5 de mayo de 1991 (Exp. Digital: «01 2019-406 fl 1 a 125». Págs. 03 a 8).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó los referentes a la edad, la relación laboral con Indupalma Ltda., la falta de afiliación al sistema de pensiones, así como las distintas reclamaciones efectuadas ante las accionadas, sin que los constaran los demás supuestos.

En su defensa, argumentó que no puede acarrearle responsabilidad por el acaecimiento de hechos de terceros, como lo es, la existencia de un contrato o vínculo laboral entre el accionante y el empleador Indupalma Ltda., así como tampoco por la omisión de cotizaciones en seguridad social que eventualmente haya realizado el mencionado empleador, pues esta situación fáctica es ajena a la entidad; concluyendo que en estos eventos no existe responsabilidad alguna por parte de Colpensiones de responder por cotizaciones anteriores a la fecha de afiliación, toda vez que para efectos de que exista la misma se requiere una obligación clara, expresa y exigible que pueda ser objeto de cobro coactivo por parte de la administradora de pensiones. En ese orden de ideas, al no existir deuda que cobrar por la falta de afiliación a cargo del empleador, la responsabilidad es exclusiva de éste, y la única labor a su cargo es realizar el respectivo cálculo actuarial si hay lugar al mismo, una vez se declare y se encuentren probado los extremos de la relación laboral.

Respecto al cálculo actuarial, sostuvo que el mismo no prospera toda vez que el mismo se realiza solo a solicitud de la parte, es decir, debe ser el empleador Indupalma Ltda., quien debe allegar una solicitud a la entidad en la que relacione los períodos que omitió cotizar al ISS, para que ésta proceda a su realización.

Formuló como excepciones de fondo las de «Inexistencia del derecho al reconocimiento pensional», «cobro de lo no debido», «prescripción», «buena fe» e «innominada o genérica» (Págs. 73 a 80).

La sociedad Industrial Agraria La Palma Limitada – Indupalma Ltda. en liquidación, solicitó negar los requerimientos del demandante e indicó que para los periodos de tiempo anteriores a enero de 1991, el ISS no había iniciado la cobertura a través del seguro de Invalidez, Vejez y Muerte (IVM) en el municipio de San Alberto – Cesar-, de manera que no existía la obligación legal de efectuar aportes para pensión de vejez y, respecto de los hechos aceptó únicamente los relacionados con la vinculación laboral y las reclamaciones efectuadas por el actor, así como las respuestas dadas y frente a los demás dijo no constarle o no ser ciertos.

Presentó las excepciones de mérito de «Inexistencia de obligaciones a cargo de Indupalma Ltda. en liquidación», «Falta de título y causa en la demandante», Prescripción», «Buena fe de Indupalma Ltda. en liquidación» y «genérica» (Exp. Digital: Págs. 02 a 10 ib.).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 9 de abril de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre la sociedad INDUPALMA y el trabajador demandante PASTÓR GUILLERMO VELÁSQUEZ CORREA (q.e.p.d.), existió una relación laboral a través de varios contratos de trabajos cuyos extremos se dieron entre el 12 de septiembre de 1977 hasta el 06 de enero de 1979, del 07 de enero de 1983 hasta el 12 de noviembre del mismo año; del 02 de mayo de 1984 hasta el 27 de marzo de 1985; del 21 de octubre de 1985 hasta el 16 de septiembre de 1986; del 03 de diciembre de 1986 hasta el 28 de octubre de 1987; del 26 de enero de 1989 hasta el 21 de diciembre del mismo año y desde el 27 de marzo de 1990 hasta el 19 de febrero de 1991, conforme a las consideraciones de la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a INDUPALMA LTDA – EN LIQUIDACION, al reconocimiento y pago a favor del demandante PASTÓR GUILLERMO VELÁSQUEZ CORREA (q.e.p.d.), del valor de todos y cada uno de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, causados desde el 12 de septiembre de 1977 hasta el día 06 de enero de 1979; del 17 de enero de 1983 hasta el 12 de noviembre de 1983; del 02 de mayo de 1984 hasta el 27 de marzo de 1985; del 21 de octubre de 1985 hasta el 16 de septiembre de 1986; del 03 de diciembre de 1986 hasta el 28 de octubre

de 1987; del 26 de enero de 1989 hasta el 21 de diciembre del mismo año y desde el 27 de marzo de 1990 hasta el 19 de febrero de 1991, en la forma y cuantía que establezca la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en el correspondiente Cálculo actuarial que realice para el efecto, teniendo como ingreso base de cotización los salarios que certificará la empleadora, sin que sean inferiores al SMMLV.

TERCERO: ABSOLVER a INDUPALMA LTDA – EN LIQUIDACION y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: CONDÉNAR EN COSTAS a la demandada INDUPALMA LTDA – EN LIQUIDACION. Tásense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a medio Salario mínimo legal mensual vigente. [...].

Para arribar a la anterior conclusión, consideró que conforme a los elementos de prueba, no se discutió la existencia del vínculo entre las partes, pero con solución de continuidad ya que la parte demandada informó la existencia del vínculo, pero a través de varios contratos de trabajo, es decir, el demandante laboró un total de 6 años, 7 meses y 20 días de forma discontinua, lo cual corroboró con los contratos de trabajo al igual que en la liquidación final.

En cuanto a la aplicación de la convención colectiva vigente al momento del retiro y por ende al derecho de la pensión convencional deprecada, advirtió que con la demanda no se acompañó el texto convencional ni fue aportada por la demandada, razón por la cual no había lugar a estudiar los derechos pedidos con base a ese instrumento.

En cuanto a la obligatoriedad de los aportes a pensión, mencionó respecto a los recursos de organización financiera del sistema de seguridad social en pensiones, los recursos para financiar las prestaciones de esos seguros y para cubrir los gastos administrativos de su gestión, son obtenidos mediante las cotizaciones calculadas y el rendimiento de las reservas de dichos seguros; recordó que en la jurisprudencia, se indicó que la cobertura del ISS fue gradual, que en un comienzo estuvo a cargo del Instituto por lo que el cubrimiento estuvo a cargo del empleador, todo lo relacionado con la materia pensional y posteriormente con el Régimen de Transición, llamado así al aseguramiento de las pensiones de jubilación, se fue subrogando el riesgo en la medida que el cumplimiento se extendía a los distintos lugares de prestación del servicio, con el objeto de que la carga prestacional fuera asumida conforme a la ley y reglamentos emitidos por el ISS, de modo que

las prestaciones patronales continúan a cargo de los empleadores obligados y los de invalidez y muerte también.

En cuanto al régimen de transición de jubilación de esa data, manifestó que para su aplicación necesariamente a determinarse en qué fecha se inició la obligación de asegurarse al ISS para así poder establecer la antigüedad del trabajador y entrar a ubicarlo a los asalariados que llevan menos años de servicios en aras de precisar bajo que situaciones se encontraban cobijados y quien asume la carga pensional reclamada ya que de ello dependerá si la pensión esté a cargo exclusivo del empleador por lo que es compartido entre el ISS y si es concurrente con la pensión de vejez o si corre por cuenta única de la entidad de Seguridad Social, anotó también que la ley 90 de 1946, estableció el seguro obligatorio y creó el ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, luego se aprobó el reglamento interno del ISS.

Indicó que el trabajador laboró al servicio de la demandada durante varios lapsos de tiempo interrumpidos, es decir, en vigencia de la ley 100 de 1993, el vínculo no se encontraba vigente justo cuando el ISS convocó a la afiliación, mencionando que el trabajador aún no había sido desvinculado por lo que en esa época el empleador lo afilió solo por unos meses; no obstante, lo cierto fue que estuvo afiliado, pero no hizo lo propio en el aprovisionamiento del título pensional que indicaba la norma por lo que resultaba relevante mencionar la determinación del alcance de las obligaciones de los empleadores de contribuir a la financiación de las prestaciones, dado que el vínculo se encontraba vigente y este guarda correspondencia con la vocación del sistema para proteger la pensión de vejez que se puede causar.

Señaló, el deber del empleador de habilitar todo el tiempo en que el trabajador le hubiere prestado sus servicios, mediante el traslado del cálculo actuarial correspondiente de los trabajadores, respecto de los empleadores que tienen el deber de constituir títulos pensionales para habilitar el tiempo servido para el que no se efectuaron cotizaciones y son aquellos cuya vinculación se encuentran vigentes, o se inicien como lo indica la norma y los empleadores a que se le atribuye la obligación es a los que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones.

Aunado a lo anterior, resaltó que, si bien para la demandada la obligación de afiliar a sus empleados al Instituto de seguros sociales surgió en fechas posteriores, también surgió la obligación de hacer los aprovisionamientos en que se asumiera dicha obligación al momento de que el ISS llamara la inscripción de los trabajadores para el seguro de invalidez, vejez y muerte. Agregó que la obligación, quedó condicionada en el tiempo, pues únicamente lo que se prorrogó es que las cotizaciones se transfirieran a Colpensiones. En ese sentido, halló viable acceder al reconocimiento y pago a favor del demandante, hoy fallecido, del valor de todos y cada uno de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, respecto de los distintos contratos que celebraron las partes. Ello, en la forma y cuantía que debe realizar Colpensiones en el correspondiente cálculo actuarial, para sin que sea inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

II. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandada, Indupalma Ltda., formuló recurso de apelación parcial, indicando que para la vigencia de la celebración de los contratos de trabajo, antes del 8 de enero de 1991, estaban vigentes sobre la materia los artículos 259 y 260 del CST, así como el artículo 8 de la ley 171 de 1961, además, añadió que según el artículo 259 del CST numeral 1, las prestaciones a las que se refiere el título 9 de las cuales el capítulo 2 está presente la jubilación, que se debe de pagar de acuerdo a lo que se establece en cada capítulo de dicho título, agregándose en ese artículo, que dejará de estar a cargo de los empleadores cuando el ISS asuma el riesgo de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el instituto.

Respecto a lo anterior, anotó que sólo hasta la fecha indicada, el ISS asumió el riesgo de vejez de Indupalma y subrogó a la demandada, por lo que el CST no establecía disposición alguna en materia de aporte previo o aprovisionamiento al sistema de pensiones, antes invalidez, vejez y muerte, por lo que precisó, esa disposición se aplica cuando el ISS asume el riesgo; y mencionó el artículo 29 de la Constitución Política, para significar el principio de irretroactividad de la ley y señalar que nadie puede ser juzgado conforme a leyes preexistente al acto que se imputa.

Adujo que la única obligación de los empleadores entre la vigencia del sistema pensional a cargo de los empleadores, según lo señalado en el CST y la asunción del riesgo de vejez, era pagar la pensión una vez el trabajador cumplía los 55 años de edad para los hombres con el mismo trabajador, que se denominaba la pensión plena.

Además, hizo referencia al artículo 260 del mismo estatuto, para indicar que sólo cuando el ISS subroga a los empleadores, entran en vigencia los reglamentos que se dicten para establecer la forma en que asume el riesgo. En ese orden, trajo a colación el artículo 41 del Acuerdo 049 de 1990, por medio del cual el ISS reglamentó el riesgo de invalidez, vejez y muerte, que dispuso que ese reglamento es el equivalente al hoy denominado registro de pensiones, solamente aplica una vez ocurra la asunción por parte del ISS de las pensiones de jubilación a cargo de los patrones, es decir, para empleadores como Indupalma Ltda. hoy en liquidación, desde el 8 de enero de 1991.

Mencionó, que el artículo 151 de la Ley 100 de 1993 establece que el sistema general de pensiones, empezó a regir a partir del 1° de abril de 1994 y, por lo tanto, salvo normas excepcionales todo lo relacionado con cálculos actuariales o bonos pensionales no admite aplicación retroactiva de la ley, esto para no desatender el grado del tenor literal de la ley ni vulnerar el artículo 29 de la Constitución Política.

Concluyó mencionando que el accionante fue trabajador de Indupalma en los periodos laborados de forma discontinua relacionados por el despacho, que durante la vigencia de la celebración de los mismos no se afilió al seguro de invalidez, vejez y muerte administrado por el ISS, indicando que dicha entidad no tenía cobertura en el municipio de San Alberto – Cesar, en consecuencia, para la época de la celebración existía imposibilidad de afiliación a estos trabajadores en el municipio donde se prestaron los servicios.

Reiterando así, que antes de la vigencia del sistema de pensiones creado por la Ley 100 de 1993, especialmente entre el periodo antes referido no existía norma alguna que exigiera el traslado de títulos pensionales o cálculos actuariales al ISS, por tiempos antes de la fecha que éste asumía

el riesgo de seguro, subrogando a dichos empleadores sin que ello sea una situación imputable a quien fungiera como empleador, quien obró de buena fe, siguiendo el principio de legalidad, sin omisión ni error, en consonancia con lo originado en la normatividad vigente a la fecha, por lo que solicitó se revoque la decisión de primera instancia, ante la imposibilidad de realizar los aportes a los que fue condenada, durante el termino de vigencia de las relaciones laborales que tuvieron las partes.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto la parte actora como Colpensiones presentaron alegatos de conclusión. El demandante, solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia; mientras que Colpensiones solicita que se revoque, aunque por razones ajenas a este proceso. Indupalma Ltda. en liquidación, guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Sala dilucidar si al señor PASTOR GUILLERMO VELÁSQUEZ CORREA le asiste derecho al pago de cálculo actuarial por el periodo no cotizado al ISS hoy Colpensiones.

III. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en esta instancia que entre Industrial Agraria La Palma Ltda. – Indupalma Ltda. en liquidación y el demandante existieron varios contratos de trabajo cuyos extremos se dieron entre el 12 de septiembre de 1977 hasta el 06 de enero de 1979; del 07 de enero de 1983 hasta el 12 de noviembre del mismo año; del 02 de mayo de 1984 hasta el 27 de marzo de 1985; del 21 de octubre de 1985 hasta el 16 de septiembre de 1986; del 03 de diciembre de 1986 hasta el 28 de octubre de 1987; del 26 de enero de 1989 hasta el 21 de diciembre del mismo año y desde el 27 de marzo de 1990

hasta el 19 de febrero de 1991, vinculación que terminó por mutuo acuerdo; que los servicios fueron prestados en el municipio de San Alberto – Cesar, donde no existía obligación de efectuar aportes debido a la falta de cobertura por parte del ISS, sino a partir del 8 de enero de 1991, tal como se definió en la decisión de primer grado sin existir reproche por la demandada, razón por la que se mantendrá incólume en aplicación del principio de consonancia contemplado en el artículo 66A del CPTSS.

Pues bien, con base en lo anterior, para resolver el problema jurídico debe advertirse que ésta Corporación es del criterio pacífico expuesto por la H. Sala Laboral de la CSJ, en el que se admite la posibilidad de ordenar el pago de los aportes pensionales a pesar de no existir el llamado de afiliación por parte del régimen de los seguros sociales obligatorios, criterio éste que se empezó a construir la Alta Corporación de cierre de la especialidad a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y CSJ SL17300-2014, reiterada entre otras muchas en la sentencia CSJ SL5535-2018:

[...] en el 2014, la Corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y CSJ SL17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador, en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS.

Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala, por mayoría, estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley.

Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL9856-2014, luego reiterada en sentencia CSJ SL10122-2017, la Sala definió: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, y (iii) que la manera de concretar ese gravamen, en casos «(...) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social».

(...)

De igual modo, en la sentencia CSJ SL1050-2022 la Alta Corporación reiteró:

Por eso, la doctrina vigente de esta Sala ha señalado que los empleadores no se desligan de la responsabilidad por cualquier causa que implique ausencia de afiliación al ISS respecto a los tiempos prestados por sus trabajadores antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, pues en esos eventos el riesgo pensional permanece a su cargo, de modo que la solución efectiva a dicha circunstancia es el pago del correspondiente cálculo actuarial a efectos de la financiación de un eventual derecho pensional por parte de las entidades de seguridad social (CSJ SL197-2019, CSJ SL1356-2019, CSJ SL4334-2019, CSJ SL1140-2020, CSJ SL2584-2020 y CSJ SL2879-2020).

De forma relevante para esta causa, es menes recordar lo señalado en la sentencia CSJ SL2584-2020, de la que se extractan, entre otras las siguientes reglas:

(i) El pago del título pensional a la entidad de seguridad social, tiene por finalidad cubrir los periodos no cotizados e integrar el capital que se requiere para el reconocimiento de la prestación de vejez.

(ii) Lo precedente no implica la imposición de una obligación por fuera de la ley, por cuanto se garantiza la preponderancia de la satisfacción de los derechos fundamentales del trabajador para la construcción de su derecho pensional, derivado de los periodos en que trabajó.

(iii) La responsabilidad financiera del dador de laborío, persiste aún ante la falta de cobertura del ISS.

(iv) En relación con la obligación antes mencionada, es irrelevante que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, el contrato de trabajo no se encontrara vigente, pues la carga que se asume se deriva de los servicios prestados.

Para mayor ilustración, la aludida sentencia, en los pasajes pertinentes, enseñó:

En efecto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada ha adoctrinado que el empleador que no afilie a su trabajador al sistema de seguridad social, incluso debido a la falta de cobertura del ISS, territorial

o por actividad, debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores (...) por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente para el reconocimiento de la pensión de vejez (CSJ SL9856-2014, CSJ SL17300-2014, SJ SL14388-2015, CSJ SL10122-2017, CSJ SL15511-2017, CSJ SL068-2018, CSJ SL1356-2019, CSJ SL1342-2019 y CSJ SL1140-2020).

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

(...)

Lo anterior no implica la imposición de una obligación por fuera de la ley como erradamente lo manifiesta la recurrente; por el contrario, busca garantizar el derecho fundamental a la seguridad social de los trabajadores que no pueden verse perjudicados por la falta de cobertura del ISS, especialmente tratándose de periodos efectivamente laborados y que, como tales, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales.

No sobra destacar que, a partir del año 2014, la jurisprudencia de esta Sala dejó de lado la teoría que defiende la recurrente en sede del recurso extraordinario. En efecto, desde la sentencia CSJ SL, 16 jul. 2014, rad. 41745 la postura que adoptó esta Corporación es que las obligaciones de los empleadores con sus trabajadores derivadas de la seguridad social en pensiones subsisten, aun cuando la falta de afiliación al sistema no obedezca a su culpa o negligencia.

A causa de lo anterior, en los periodos no cotizados por falta de cobertura, los empleadores a través de un título pensional asumen las contingencias que se originan en la vejez, invalidez o muerte, de tal forma que con dichos recursos se garantice el financiamiento de las prestaciones que se encuentran a cargo del ISS hoy Colpensiones. Así lo adoctrinó este Colegiado al estudiar un asunto similar:

(...)

En cuanto al argumento de la censura relativo a que el contrato de trabajo del actor no estaba vigente al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 y, por tanto, no tiene la obligación de sufragar título pensional alguno, vale resaltar que tal circunstancia es irrelevante, pues aun antes de la expedición de tal normativa, los empleadores conservaban las cargas pensionales derivadas de los servicios prestados por sus trabajadores. Sobre el particular, en sentencia CSJ SL 2138 de 2016, esta Sala precisó (...).

Lo anterior, constituye desde luego doctrina probable, por lo que ésta Sala de Decisión atiende al criterio de autoridad antes expuesto, toda vez que garantiza y protege los principios que gobiernan la seguridad social, con lo se establece una salvaguarda para que, de un lado, proceda el reconocimiento pensional en aquellos eventos en que el interesado adolece de la densidad de cotizaciones necesarias para este, y de otro, para que a

favor del interesado el reconocimiento pensional tome en cuenta todos los periodos efectivamente laborados por este, pues en uno u otro escenario, fue un tiempo laborado como trabajador dependiente al servicio de un empleador que usufructuó su fuerza de trabajo.

En este orden de ideas, se advierte que en aplicación del aludido criterio jurisprudencial, los aspectos relevantes de la inconformidad planteada en la alzada deben despacharse en forma desfavorable.

Así las cosas, respecto al estudio en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de la orden impartida a COLPENSIONES, para ello debe advertirse que no erró el Juez de primer grado en ordenar que esta entidad realizara el cálculo actuarial correspondiente a los aportes pensionales dejados de pagar por el ex empleador, pues en últimas, dicho cálculo para integrar los periodos no cotizados a su historia laboral ha de efectuarse «*a satisfacción de la entidad de seguridad social*», según el criterio vigente de la Sala de Casación Laboral, vertido entre otras en la sentencias CSJ SL197-2019, CSJ SL1356-2019, CSJ SL4334-2019, CSJ SL1140-2020, CSJ SL2584-2020, CSJ SL2879-2020 y CSJ 5702-2021, entre muchas otras. Por lo tanto, su trámite y aprobación resulta necesario para computar el periodo objeto de condena, razón por la cual no luce desproporcionada la orden.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos y alcances allí consignados.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

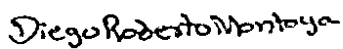
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Proceso de Ordinario Laboral: 110013105-021-2019-00793-02

Demandante: HERNANDO AUGUSTO FRESNEDA CHAVEZ.

**Demandada: ASESORES DE MERCADO ASOMER LTDA. Y
ALIMENTOS PIPPO S.A.S.**

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre del mismo año, procede la Sala de Decisión a resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor del demandante (art. 69 CPTSS) respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el veintidós (22) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

I. ANTECEDENTES

Hernando Augusto Fresneda Chávez promovió demanda ordinaria laboral para que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 1 de febrero de 2016 hasta el 30 de noviembre del mismo año con la empresa Asesores de Mercadeo –Asomer Ltda., ejerciendo las funciones de ejecutivo de cuentas; que fue despedido de forma injusta y sin autorización del Ministerio del Trabajo en virtud de su estabilidad laboral reforzada, al presentar una discapacidad al momento de la terminación de su vínculo laboral y la solidaridad en el pago de las

pretensiones solicitadas a Alimentos Pippo S.A.S., porque los beneficios recibidos por parte de la empresa contratante, constituían labores y actividades propias misionales.

Como consecuencia pidió se condenara al reintegro de sus actividades laborales, a cancelar a las accionadas de los salarios dejados de percibir, las cesantías, intereses a las mismas, prima de servicios y vacaciones desde el 1 de diciembre de 2016 hasta el 30 de noviembre del mismo año; las semanas cotizadas al fondo de pensiones por el tiempo aportado como independiente.

Subsidiariamente, solicitó se ordenara el pago de la sanción de moratoria contemplada en el art. 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, por no haberse cancelado salarios y prestaciones sociales, haciéndose efectivo hasta el momento en que se haga el pago, lo ultra y extra petita, así como las costas a la parte demandada.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que suscribió contrato de obra o labor con ASOMER Ltda. el día 01 de febrero de 2016, prestando los servicios de Ejecutivo de Cuentas en la empresa Alimentos Pippo SAS en la sede ubicada en Guasca Cundinamarca, precisando que las dos empresas pertenecen a los mismos dueños, cuyas labores desempeñadas coadyuvaban al desarrollo del objeto social de la empresa en cita, tales como atención a clientes institucionales para el mercadeo de los productos de la empresa, buscar nuevos negocios, atención de quejas y reclamos, solicitudes de pedidos, actividades de coordinación con el área de producción para dar cumplimiento a los pedidos realizados por los clientes, coordinación con el área de cartera para el cobro de las ventas realizadas y acompañamiento a los procesos de documentación con los diferentes clientes; de igual modo, que devengó un salario de \$2.900.000.00 remunerado por la última de las mencionadas empresas.

Informó que fue despedido por el empleador el día 30 de noviembre de 2016, sin justa causa, ya que no se hicieron los trámites pertinentes al estar enfermo y en debilidad manifiesta, pues se encontraba en tratamiento médico, desde el día 23 de septiembre de 2016 como lo corrobora la historia clínica; el 24 de octubre de 2016 fue diagnosticado con Trastorno de

Ansiedad, por la especialidad de Psiquiatría de la Clínica de Nuestra Señora de La Paz, por lo que se le dieron los medicamentos y una incapacidad de 24 días, situación que fue puesta en conocimiento antes de su despido, a Miriam Soraya Arias Contreras de quien era subordinado y quien tenía conocimiento de su cita médica programada para el día cinco (05) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), para evaluación psiquiátrica, en donde le dieron 32 días de incapacidad, los cuales no fueron pagados ni por la EPS ni por la empresa contratante.

Por último, expuso que fue valorado medicamente para su egreso, donde se evidenció que no tenía buenas condiciones de salud para ser despedido de la empresa y a la fecha de presentación de la demanda se encontraba en tratamiento médico en la Clínica de Nuestra Señora de La Paz (fls. 1 a 13 y 94 a 95).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Al dar respuesta a la demanda, Asesores de Mercadeo Asomer Ltda. se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó los referentes a la existencia contrato de trabajo con el actor, sus extremos y la forma en que se terminó el vínculo contractual, por terminación de la obra o labor contratada, los demás hechos los consideró como no ciertos o que no le constaban.

En su defensa explicó que Asomer Ltda. celebró un contrato por duración de la obra o labor determinada desde el 1 de febrero de 2016, en virtud del cual el demandante fue remitido como trabajador en misión a la empresa usuaria Alimentos Pippo S.A.S.; que el despido se ajustó a la Ley, no encontrándose en la obligación de acudir ante el Ministerio del Trabajo, a fin de solicitar la autorización para predicar la terminación del contrato de trabajo, pues el actor no acreditó ser beneficiario de la especial protección de la estabilidad laboral reforzada, no encontrándose en condición de discapacidad alguna para la fecha de finalización del contrato, pues no sufría un problema significativo de salud que ameritara la protección que se deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Adujo que cumplió a cabalidad con todas y cada una de sus obligaciones como empleador, particularmente aquellas que se refieren al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales, por lo que, nada adeuda al actor.

Propuso como excepciones de mérito las de «*Inexistencia de estabilidad laboral reforzada en favor del señor Hernando Augusto Fresneda Chávez*», «*Inexistencia de la obligación*», «*Improcedencia del reintegro*», «*Falta de causa y cobro de lo no debido*», «*Buena fe*», «*Prescripción*», «*Compensación*» y «*Genérica*» (CD Fl. 107).

Al dar respuesta a la demanda, Alimentos Pippo S.A.S., se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con el contrato de trabajo del recurrente, de los demás hechos consideró como no ciertos o que no le constaban.

En su defensa, adujo que: Alimentos Pippo S.A.S. no fue parte de la relación laboral que existió entre el accionante y la Empresa de Servicios Temporales Asomer Ltda., por lo que no tiene ninguna responsabilidad en lo que se reclama; al no ser su empleador, como empresa usuaria le resultaba imposible terminarle el contrato de trabajo al demandante; conforme a la jurisprudencia aplicable, para que se genere la protección contenida en la Ley 361 de 1997 es obligatorio acreditar la condición de discapacidad de quien demanda su amparo en un porcentaje siquiera superior al 15%, y tal circunstancia no ocurrió dentro del presente asunto, pues no existe dictamen emitido por autoridad competente respecto al porcentaje de pérdida de capacidad laboral del actor.

De otro lado, resaltó que no le asiste razón alguna al demandante pretender la responsabilidad solidaria, toda vez que no existen obligaciones pendientes de pago por parte de Alimentos Pippo S.A.S., más aún cuando su objeto social y el de la empresa Asomer Ltda. son totalmente disímiles, pues el giro ordinario de la primera se circunscribe a la elaboración de productos lácteos y al comercio al por mayor de productos alimenticios y la segunda, se relaciona con la prestación de servicios temporales a beneficiarios, para el desarrollo de las actividades ordinarias, inherentes o conexas, mediante la labor desarrollada por personas naturales contratadas directamente por

dicha entidad, la cual, asume frente a aquellas la calidad de verdadero y único empleador.

Formuló como excepciones de fondo las de «*Falta de causa por pasiva*», «*Improcedencia del reintegro*», «*Inexistencia de la responsabilidad solidaria*», «*Inexistencia de la obligación*», «*Falta de causa y cobro de lo no debido*», «*Buena fe*», «*Prescripción*», «*Compensación*» y «*Genérica*» (Fls. 109 a 117).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida del veintidós (22) de octubre de dos mil veintiuno (2021), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de mérito de inexistencia de estabilidad laboral reforzada en favor del señor HERNANDO AUGUSTO FRESNEDA CHAVEZ y de inexistencia de la obligación, propuestas por ASOMER LTDA. y ALIMENTOS PIPPOS S.A.S, respectivamente; relevándose del estudio del restante de los demás medios exceptivo propuestas por dichas demandadas.

SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas ASOMER LTDA. y ALIMENTOS PIPPOS S.A.S. de las pretensiones incoadas en su contra por el señor HERNANDO AUGUSTO FRESNEDA CHAVEZ, conforme lo señalado.

TERCERO: Costas a cargo de la parte demandante y en favor de la parte demandada. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$300.000 a prorrata [...].

Para arribar a la anterior conclusión, el *a quo* alegó que: el contrato de trabajo suscrito entre las partes se ciñó a la obra allí declarada según lo dispuesto en el numeral 1, art. 47 del CST; en cuanto a la garantía de la estabilidad laboral por razón de salud, expresó que esta se encuentra reglamentada en la Ley 361 de 1997; la Corte Constitucional ha señalado a través de la Sentencia SU-049-2017 que no se requiere una verificación de pérdida de capacidad laboral para ser beneficiario de la Ley 361/97; la CSJ SCL ha manifestado de manera reiterativa que los destinatarios de la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada son aquellos quienes tienen una discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente del origen que tengan y los dictámenes que emiten las juntas de calificación de invalidez no están instituidos como una prueba solemne y por tanto los jueces tienen libertad probatoria para determinar la condición especial de indefensión del trabajador.

En ese orden de ideas, explicó que los aspectos que se deben tener en cuenta a fin de dilucidar si el trabajador es objeto de la estabilidad laboral reforzada por salud, es que: el empleado hubiese padecido una disminución o afectación en salud sustancialmente relevante que le impidiera el normal desarrollo de sus funciones; se tenga certeza de la afectación a su salud, aun cuando no hubiese objeto de calificación; el empleador conozca o pueda deducir el estado de salud del subordinado previo a la terminación del contrato de trabajo y el finiquito de la relación contractual provenga de su estado de debilidad sin que exista justa causa para su finalización.

Expuso que, de acuerdo al acervo probatorio, si bien al demandante le fueron prescritas incapacidades médicas por diferentes términos en virtud del diagnóstico que presentaba, evidenció que la última de ellas feneció el 20 de noviembre de 2016, no registrándose impedimento que afectara la ejecución de las funciones que desempeñaba de manera sustancial, y hallando que las afectaciones como párkinson y otras incapacidades se dan luego de finalizado el contrato, sin acreditar los presupuestos de la demanda, por lo que absolvió a la parte demandada declarando probadas las excepciones de mérito de inexistencia de la estabilidad laboral reforzada propuesta por Asomer Ltda. y frente a Alimentos Pippo S.A.S. la de inexistencia de la obligación, por lo que, por sustracción de materia, adujo relevarse del estudio de la responsabilidad solidaria deprecada, dada la negativa al reintegro solicitado.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte accionante presentó alegatos de conclusión solicitando que se revoque la decisión de primera instancia. La accionada Asomer Ltda. solicitó se confirme la decisión.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación los siguientes

problemas jurídicos: **(i)** determinar la naturaleza del contrato laboral regido entre las partes, esto es, si fue por obra o labor contratada o a término indefinido; **(ii)** examinar si el mismo fue terminado por una justa causa; **(ii)** establecimiento para tal efecto, si el demandante era beneficiario de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 al momento de la terminación de su contrato de trabajo **(iv)** y en caso de que tales pretensiones sean prosperas, se verificará si existe responsabilidad solidaria por parte de Alimentos Pippo S.A.S.

II. CONSIDERACIONES

Para definir el anterior problema jurídico, en primer lugar, es menester precisar que no es objeto de controversia en la presente causa, que entre las partes existió un contrato de trabajo bajo la modalidad de obra o labor contratada por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2016 y el 30 de noviembre del mismo año, en el que el actor desempeñó el cargo de ejecutivo de cuentas, lo cual, se acredita con la copia del contrato de trabajo y la constancia laboral de fecha 12 de diciembre de 2016 (fl. 20 y CD fl. 107).

Ahora bien, con la finalidad de resolver el primer problema jurídico planteado, es necesario recordar que la legislación laboral prevé que los contratos laborales pueden estar sujetos a la duración de una obra o labor determinada, tal como lo consagra el artículo 45 del CST:

El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, **por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada**, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio. (Negrilla y subrayas fuera de texto).

Al respecto, la H. Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL4936-2021, precisó los parámetros que rigen un contrato de trabajo por obra o labor, en los siguientes términos:

Cuando se pacta por duración de la obra, ha reiterado esta Corporación que no basta con esa denominación, **debe determinarse y delimitarse con claridad y especificidad la obra o labor contratada, o que indiscutiblemente se desprenda de la naturaleza de la labor tal temporalidad, de lo contrario, se entenderá de manera residual, que su duración es indefinida** (CSJ SL2176-2017, CSJ SL2600-2018); es decir, en oposición a lo discutido por la censura, la naturaleza de la labor es solo uno de los criterios que permiten establecer este tipo de contratación, por duración de la obra o labor, pero no es exclusivo ni excluyente, como lo pretende hacer ver en la sustentación de los cargos, ni las funciones a desempeñar tienen la

virtualidad de restarle validez al acuerdo; empero, claro está que, si el contrato se pactó por tiempo determinado, con un plazo o fecha de finalización cierta e incondicionada, mas no simplemente posible o probable, según lo dispuesto en la norma en cita, y en concordancia con lo establecido en el art. 46 ídem, será en verdad uno a término fijo.

(...) Tampoco aparece acreditada en forma alguna, la afirmación efectuada por la parte actora, respecto a que la actividad era habitual y permanente, puesto que, a más de no hacer parte de las conclusiones fácticas y probatorias del Tribunal, como bien lo enrostra la censura, de las pruebas calificadas acusadas no es posible desprender esa premisa, ni se ofreció mayor argumento al respecto, tan solo aseveró que las funciones asignadas según la relación de labores del actor, no eran de las susceptibles de ser contratadas por duración de la obra, **lo que en consideración de la Sala, por sí solo, resulta insuficiente para arribar a la conclusión pretendida, puesto que la habitualidad y permanencia del cargo dependerá de múltiples circunstancias, aquellas en las que se ejecute, su finalidad, y en general, de todo el entorno y necesidades del proyecto que se estaba ejecutando, en todo caso, no pueden deducirse o suponerse a partir de especulaciones o conjeturas, sino que debe acreditarse en debida forma en el proceso.** (Negrilla y subrayas fuera de texto).

De parte, es menester recordar que la figura del servicio en misión por medio de empresas de servicios temporales se halla regulada en el artículo 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990 y reglamentada por el Decreto 4369 de 2006, que fueron compiladas en el Decreto 1072 de 2015.

Según el artículo 71, son empresas de servicios temporales aquellas con las que se contrata la prestación de un servicio por parte de un tercero beneficiario, denominado *empresa usuaria* con la condición de apoyar *temporalmente* el desarrollo de sus actividades, lo cual logran mediante la labor que realizan personas naturales, denominadas *trabajadores en misión*, contratadas laboralmente por estas, quien para todos sus efectos será su empleadora siempre y cuando no se incumpla con el régimen que regula este tipo de servicios.

Contrario *sensu*, ha sostenido la jurisprudencia laboral que ante la inobservancia de las partes de los requisitos que habilitan el trabajo en misión, se «socava su legalidad y legitimidad, y hace desaparecer el sustento contractual-normativo que justifica la presencia de los trabajadores en misión en la empresa beneficiaria. Por ello, ante la falta de un referente contractual válido, la EST pasa a ser un simple intermediario en la contratación laboral, que no confiesa su calidad de tal (ficto o falso empleador), y la empresa usuaria adquiere la calidad de verdadero empleador (CSJ SL17025-2016, reiterada en CSJ SL3520-2018).

En tal sentido, la naturaleza de trabajador en misión está supeditada al cumplimiento de las específicas reglas que gobiernan el servicio temporal, siendo la primera y más relevante de ellas, que las labores ejecutadas no tengan vocación de permanencia, sino que supongan un período determinado que finalice o tenga proyección de hacerlo en corto plazo, para cumplir con el especial propósito y objeto establecido en la ley para tal figura.

Por esta razón, el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 limitó los eventos en los cuales podían adelantarse funciones a través de estas empresas:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
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 prorrogables hasta por seis (6) meses más.

Al texto anterior, el Decreto 4369 de 2006, en el párrafo de su artículo 6, agregó:

PARÁGRAFO. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.

Así las cosas, inicialmente se verifica en el Certificado de Existencia y Representación Legal (CD Fl. 107), que el objeto social de la sociedad Asesores de Mercadeo –Asomer Ltda., corresponde a:

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TEMPORALES A TERCEROS BENEFICIARIOS, PARA EL DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES ORDINARIAS, INHERENTES O CONEXAS, MEDIANTE LA LABOR DESARROLLADA POR PERSONAS NATURALES CONTRATADAS DIRECTAMENTE POR LA SOCIEDAD, LA CUAL ASUME CON RESPECTO A ESTAS EL CARACTER DE EMPLEADOR O PATRONO. EN DESARROLLO DE OBJETO SOCIAL LA SOCIEDAD PODRA REALIZAR TODO LOS ACTOS RELACIONADOS CON EL MISMO Y LOS QUE TENGAN CON FINALIDAD EJERCER LOS DERECHOS O CUMPLIR LAS OBLIGACIONES LEGAL O CONVENCIONALMENTE DERIVADOS DE LA EXISTENCIA Y ACTIVIDAD DE LA SOCIEDAD.

De igual modo, resalta la Sala que, el clausulado del contrato de trabajo por la duración de obra o labor determinada suscrito entre el accionante en calidad de trabajador en misión y Asomer Ltda. (CD fl. 107), cuya la cláusula primera contempla lo siguiente:

PRIMERA: PRIMERA -OBJETO DE LA OBRA- EL EMPLEADO se obliga para con EL EMPLEADOR a ejecutar personalmente, de manera directa, y con la mayor diligencia y cuidado, las labores que sean necesarias y en las anexas y complementarias en la obra o labor consistente en Cumplimiento del programa de producción de la empresa ALIMENTOS PIPPO S.A.S, para el cargo de EJECUTIVO DE CUENTAS durante el primer semestre de 2016, de conformidad con las órdenes e instrucciones que imparta EL EMPLEADOR o sus representantes.

A su turno las demandadas allegaron documento denominado Oferta de Servicios del día veinticuatro (24) de agosto de dos mil diez (2010) (Fls. 156 a 158) mediante el cual se oferta el suministro de personal en misión derivado del objeto genérico de la oferta suscrita entre Asomer Ltda. y Alimentos Pippo S.A.S., cuyas actividades o procesos ofrecidos consistían en la *«Ejecución de procesos y subprocesos, relacionados con la industria láctea como: administración de plantas de producción, transformación de la leche en bebidas lácteas saborizadas [...], la administración y transformación incluye los procesos de recepción de leche, y demás materias primas, pasteurización, empaque, despacho y transporte (materia prima y/o producto terminado)»*.

De otra parte, en el que reposa en el medio magnético de folio 1607, fechado 30 de noviembre de 2016, se le comunica al demandante lo siguiente:

Teniendo en cuenta que las unidades de la empresa disminuyeron, por sustracción de materia y por dejar de tener vigencia, la causa de origen de su vinculación como trabajador, su contrato de obra o labor en la empresa «ALIMENTOS PIPPO S.A» cesa a partir del día 30 de Noviembre del año 2016.

Queremos reiterar que dicha terminación obedece a la cesación de la necesidad de origen que propició su vinculación laboral, no es un despido con justa o sin justa causa.

De lo anterior, se aprecia inicialmente que Asomer Ltda. dado su objeto social se encuentra facultada para contratar y enviar personal en misión a otras empresas y con ese propósito vinculó laboralmente al demandante a través de un contrato por obra o labor para desempeñar el cargo de Ejecutivo de Cuentas, de cuyo contenido es posible establecer que su duración si estaba determinada al *«Cumplimiento del programa de producción de la*

empresa ALIMENTOS PIPPO S.A. para el cargo de EJECUTIVO DE CUENTAS Durante el primer semestre de 2016», es decir, que una vez cumplida la producción para el cargo en el periodo indicado, terminaría la labor u obra y por ende el contrato, de modo que la labor sí estaba efectivamente determinada y podía verificarse su terminación, acompasándose así con la esencia o naturaleza de esta modalidad contractual, que para el presente asunto se dio con el fin específico, se *itera*, de prestar un servicio que permitiera cumplir con el programa de producción para el cargo de Ejecutivo de Cuentas.

Además de ello, se evidencia que si bien la contratación perduró más de los seis meses permitidos inicialmente por las normas citadas, es claro que, la producción para la labor contratada se mantuvo tres meses más, para un total de nueve meses, esto es, sin sobre pasar el término máximo de un año, por lo tanto, no se dable concluir que Asomer Ltda., haya realizado la contratación laboral con el actor de una manera irregular, máxime si se tiene en cuenta que el vínculo laboral culminó en razón a la carencia del propósito contractual por el cual fue contratado el recurrente, por lo que le asistió razón a la *a quo*, toda vez que la empresa culminó el contrato basado en una causal legal y por consiguiente el contrato de obra o labor contratada suscrito entre las partes y su finiquito se rigieron conforme a las normas y jurisprudencia atrás señaladas.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

Respecto al fuero de estabilidad reforzada previsto en la Ley 361 de 1997, es precisar de forma preliminar que éste no se otorga solamente porque el trabajador sufra de afecciones en su salud, sino que debe demostrarse la «limitación» física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral con el carácter de moderada, severa o profunda, y que sea conocida por el empleador.

En efecto, la garantía de estabilidad laboral e igualdad prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 consiste en el derecho que tienen los trabajadores en situación de discapacidad de no ser despedidos -o su contrato terminado- a causa de las condiciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano o largo plazo que presenten, y que les impidan su participación

plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo, toda terminación que recaiga sobre un trabajador que se encuentre en tales circunstancias, se reputa ineficaz, y en consecuencia, acarrea la reinstalación de aquél al cargo que venía desempeñando, con el correlativo pago de las acreencias laborales dejadas de cancelar.

La situación de discapacidad del trabajador puede acreditarse a partir de un análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba, que permitan concluir el conocimiento del empleador sobre las especiales condiciones de salud presentes al momento del fenecimiento contractual, incluso si existe pérdida de capacidad laboral en vigencia de la relación laboral, pero calificada después de su finalización (CSJ SL4632-2021). También ha resaltado el Alto Tribunal que, para tales fines, no hay una tarifa legal probatoria (CSJ SL10538-2016).

En cuanto a la carga de la prueba, recuérdese que, conforme al actual criterio jurisprudencial laboral, *«el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada»* (CSJ SL1360-2018). En ese orden, le corresponde al actor acreditar la circunstancia de discapacidad en cualquiera de los grados ya mencionados, para que se active la presunción, y al empleador le incumbe entonces demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva que finalizó el vínculo.

Lo anterior, comoquiera que la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 es la de despedir al trabajador por razón de su discapacidad, por lo que, al contrario, las decisiones motivadas en una razón objetiva no requieren ser autorizadas por la autoridad administrativa laboral, quien prácticamente circunscribe su función a la autorización de terminar el vínculo contractual cuando verifique que las actividades del trabajador son incompatibles e insuperables con el cargo desempeñado, o con otro existente en la empresa, cuya omisión implica la ineficacia del despido y sus respectivas consecuencias sancionatorias legales.

En el sub judice, se encuentra demostrado que el demandante presentaba afectaciones en su estado salud, aproximadamente desde el 23 de

septiembre de 2016 (fls. 22 a 38), relacionadas con «*SINDROME DE LA ARTICULACIÓN CONDROCOSTAL [TIETZE], BURSITIS DEL HOMBRO, DOLOR EN EL PECHO, NO ESPECIFICADO, LECTURA ELEVADA DE LA PRESION SANGUINEA, SIN DIAGNOSTIGO DE HIPERTENSION, TRASTORNO DE ANSIEDAD NO ESPECIFICADO*» y *TRASTORNO DE PÁNICO*, y que, a raíz de esas afecciones se expidieron varias incapacidades, finalizando la última de ellas el 20 de noviembre de 2016, según lo aceptado por Asomer Ltda. en la contestación de la demanda y en el interrogatorio de parte absuelto por su representante legal.

En esa medida, es claro que el demandante desde el mes de septiembre de 2016 sufría de trastorno de ansiedad marcada y sensación de ahogo, tal como se pudo evidenciar con la documentación relativa a la historia clínica (fls. 22 a 87), incluso con posterioridad a la fecha de su desvinculación laboral. Con todo, ello no resulta suficiente para tener la certeza de que su desvinculación laboral tuviera nexo de causalidad alguno con tales padecimientos.

Así entonces, considera la Sala que la parte actora no logró establecer un nexo de causalidad entre sus patologías y la terminación del contrato por parte de Asomer Ltda. Con ello, se encuentra demostrado que la finalización del vínculo laboral obedeció a una terminación legal del contrato que se dio con ocasión de la culminación de la obra o labor, constituyéndose en causal de terminación objetiva del contrato, de conformidad con el literal d, del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo.

Corolario de lo expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia. Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCIA
Magistrada



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Proceso de Ordinario Laboral: 110013105 022 2019 00328 01
Demandante: MYRIAM YOLANDA JIMÉNEZ PARRA
Demandado: NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre del mismo año, procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante (art. 69 CPTSS), respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, el día 19 de noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

Myriam Yolanda Jiménez Parra, instauró demanda ordinaria laboral en contra de Nubia González Cerón, para que se declarara: la existencia de dos contratos de trabajo verbal a término indefinido desde el 14 de abril de 2008 al 30 de marzo de 2012 y del 8 de enero de 2013 al 18 de noviembre de 2015. En consecuencia, se condenara a la accionada: al reconocimiento y pago de la indemnización por la no consignación en tiempo oportuno de las cesantías en el fondo de pensiones durante el término de duración del contrato entre el 8 de enero de 2013 al 18 de noviembre de 2015; a depositar en el fondo de pensiones el valor correspondiente al porcentaje del 16% sobre el salario devengado por concepto de aporte o cotización en pensión y sus intereses que como empleador le correspondía durante el periodo del 14 de abril de 2008 al 30 de marzo de 2012, del 8 de enero de

2013 al 30 de diciembre de 2014 y del 8 de enero de 2015 a 18 de noviembre de 2015.

Además pidió que se ordenara dar aplicación del artículo 65 del CST, porque el empleador incumplió con la obligación legal de informar por escrito dentro de los 60 días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de seguridad social y parafiscal sobre los salarios de los últimos 3 meses a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen, sanción que representa un día de salario por cada día de retardo en la entrega de los comprobantes de pago de los aportes, las costas, así como lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que prestó sus servicios a la empleadora Nubia González Cerón durante los lapsos comprendidos entre el 14 de abril del 2008 al 30 de marzo del 2012 y del 8 de enero del 2013 al 18 de noviembre de 2015, donde prestó sus servicios como abogada litigante bajo la modalidad de un contrato de trabajo verbal a término indefinido, desempeñó funciones administrativas y de archivo de expedientes judiciales, de revisión de procesos pensionales y radicación de documentos como dependiente judicial.

Detalló que: devengó un salario fijo mensual en los años 2008 de \$500.000, 2009 a 2010 de \$538.350, el 2011 de \$580.700, el 2012 de \$614.000, el 2013 de \$1.000.000, el 2014 de \$1.050.000 y el 2015 de \$1.098.000 manejando un horario de 8 a.m. a 6 p.m. de lunes a viernes; las relaciones contractuales, de manera anual cada 19 de diciembre la accionada le entregaba directamente el dinero en efectivo correspondiente a las prestaciones sociales, indicando que se le entregó mes a mes el valor en efectivo de su salario sin que se le entregara comprobante de pago haciéndole firmar un libro de nómina de la oficina en el que consta el valor recibido; no consignó las cesantías en el fondo respectivo durante los aludidos periodos, ni la afilió al sistema general de seguridad social.

Expresó que siempre desempeñó las funciones asignadas a cabalidad y que renunció a su cargo el 19 de noviembre del 2015, por lo que el 6 de marzo de 2018 efectuó a la demandada reclamación de pago de aportes a pensión correspondiente a todo el tiempo laborado interrumpiéndose la

prescripción. (Exp. Digital: «001. P.O. Myriam Y, Jiménez P. vs Nubia G. Ceron Exp.022-2019-00328» Págs. 14 a 35.)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nubia González Cerón en su contestación admitió los hechos relacionados con la prestación personal del servicio, la contratación laboral con la demandante en los extremos indicados, pero bajo la modalidad de contrato de trabajo a término fijo inferior a un año; el salario; los pagos efectuados a la finalización y liquidación de cada vinculación en efectivo; no haberla afiliado al Sistema General de Seguridad Social, pero por petición y voluntad de la trabajadora. Las demás situaciones fácticas fueron negadas o aceptados parcialmente.

Respecto a las pretensiones, se allanó a las pretensiones relativas al pago de aportes a seguridad social y se opuso frente a las demás. Para tal efecto, manifestó que el contrato laboral suscrito con la actora, fue a término fijo inferior o igual a un año y que la totalidad de las cesantías fueron pagadas con la liquidación anual de las prestaciones sociales entregada al finalizar el término de cada contrato, indicando así mismo, que el derecho se encuentra prescrito. En cuanto al pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones adujo que se allanaba a su pago, pero que debía ser liquidado por la AFP a la cual se encuentra afiliada y que no le adeuda salarios ni prestaciones sociales por lo que no hay lugar a dar aplicación al artículo 65 del CST, pues no está demostrada la mala fe del empleador.

Propuso como excepciones de mérito las de *«inexistencia de la obligación – cobro de lo no debido»*, *«prescripción»*, *«excepción genérica»*, *«buena fe de la demandada – pago de cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones»*. (Expediente Digital 001. P.O. Myriam Y, Jiménez P. vs Nubia G. Ceron Exp.022-2019-00328 Págs. 44 a 58.)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del Diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción respecto de la totalidad de las pretensiones de esta demanda.

SEGUNDO: NEGAR la totalidad de las pretensiones de la demanda.

TERCERO: SIN costas [...]

Para arribar a la anterior conclusión, señaló en síntesis, que conforme había quedado determinado en la fijación del litigio, donde se excluyó la pretensión relacionada con el pago de aportes a seguridad social en pensiones, únicamente había que determinar si había lugar a elevar condena por concepto de las sanciones consagradas en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y del artículo 65 del CST, es decir, por la no consignación de las cesantías al trabajador en el plazo legalmente estipulado, que es máximo hasta el 14 de febrero de cada año, lo cual se representa en un día de salario por cada día retraso en la consignación de las cesantías. E igualmente, por la omisión en el pago de salarios y/o prestaciones sociales al finalizar el contrato, así como por la omisión para ese momento de la terminación del contrato de trabajo en el pago de aportes al sistema general de seguridad social integral.

Mencionó que en este caso es claro que la empleadora demandada incurrió en las dos omisiones generadoras de las indemnizaciones ya que no consignó las cesantías a la trabajadora, sino que las liquidaba y pagaba directamente de manera anual así como también omitió durante las dos relaciones laborales contractuales el hacer los aportes al sistema general de seguridad social integral, aportes que solamente se realizaron cuando fue demandada, pues se tuvo como probado que dicho pago se realizó con ocasión de la demanda el 18 de diciembre de 2019.

Que pese a dichas omisiones en que incurrió la empleadora, el reclamo de las indemnizaciones por parte de la actora no fue oportuno y por eso las dos indemnizaciones están cobijadas íntegramente por el fenómeno de la prescripción, en los términos estipulados en los artículos 488 CST y 151 del CPTSS, dado que los derechos, indemnizaciones y prestaciones en materia laboral, tienen un término de prescripción trienal contado a partir de que cada una de las obligaciones se hizo exigible.

Adicionalmente, agregó que el artículo 489 del CST establece la posibilidad de que con el reclamo escrito que se realice al empleador se pueda interrumpir el término prescriptivo por una sola vez que implica que una vez interrumpido con la reclamación, vuelve a contar con un término idéntico al inicial. Recordó que la indemnización de la ley 50 de 1990 se hizo exigible para el último vínculo contractual laboral las cesantías causadas para 2013 que se debieron liquidar el 31 de diciembre de 2013 por lo que la indemnización se hizo exigible a partir del 15 de febrero de 2014, en la medida que se contaba para la consignación de las cesantías causadas en el 2013 hasta el 14 de febrero de 2014 y se hicieron exigibles a efecto de indemnización por no consignación oportunas de cesantías a partir del 15 de febrero de 2015 en la medida que se tenía que consignar las cesantías del 2014 hasta el 14 de febrero de 2015.

En lo referente a la indemnización moratoria por el no pago de los aportes al sistema general de seguridad social integral, precisó que se hizo exigible a partir del día siguiente de la terminación del contrato laboral, entonces la demanda que interrumpiría el término de prescripción fue presentada cuando estaba cumplido el término trienal de cada una de las indemnizaciones solicitadas.

Finalmente, manifestó que la actora reclamó extraprocesalmente directamente a la empleadora el pago de los aportes a pensión, derecho que es imprescriptible, no las indemnizaciones solicitadas y que esta petición se presentó en marzo de 2018, es decir, antes de que transcurrieran los 3 años contados a partir de la finalización de la relación laboral y revisada la solicitud encontró que nunca se incluyeron las indemnizaciones derivadas por la no consignación oportuna de cesantías y/o por el no pago de los aportes al sistema general de seguridad social al momento de finalizar el vínculo contractual, es decir, que no es posible que se tenga como interrupción extraprocesal del término de prescripción.

II. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de conclusión. La parte actora, solicitando que se dicte la decisión de conformidad con lo solicitado y probado en la demanda; la accionada, por

su parte, pidió que se confirme la decisión de primer grado, en tanto que se encuentran prescritas las indemnizaciones solicitadas.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos legales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación determinar, en el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la demandante, si en el presente proceso operó el fenómeno de la prescripción respecto de las indemnizaciones reclamadas, en los términos expuestos por el *a quo*.

III. CONSIDERACIONES

Previo al análisis objeto de controversia, cabe resaltar que en esta instancia no existe duda que entre las partes existieron dos contratos de trabajo, del 14 de abril de 2008 al 30 de marzo de 2012 y ii) del 8 de enero de 2013 al 18 de noviembre de 2015, así como tampoco se discute el salario, devengado y el pago de las prestaciones sociales pagadas a la demandante por parte su ex empleadora aquí demandada. Aspectos que vale precisar, fueron descartados en la etapa de saneamiento y fijación del litigio, incluido lo relacionado con el pago de aportes a seguridad social, puesto que fueron pagados por la señora Nubia González Cerón en el curso del presente proceso.

Ahora bien, del análisis de la demanda, contestación y la mencionada etapa de saneamiento y fijación del litigio, únicamente quedó pendiente por establecer si había lugar al reconocimiento y pago de las indemnizaciones consagradas en el numeral 3, del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y artículo 65 del CST. Derechos que se consideraron en primer grado habían expirado por el fenómeno de la prescripción.

Al respecto y con la finalidad de resolver el problema jurídico planteado, se habrá de remitir esta Sala de Decisión, a lo dispuesto por el artículo 488 del CST, que sobre el término extintivo de la acción sobre los derechos laborales, indica que prescribe en el término de tres años, contados a partir del momento en que se hayan hecho exigibles las respectivas obligaciones, con la posibilidad de que se interrumpa dicho plazo mediante la

reclamación escrita de una prestación o derecho debidamente determinado (CSJ SL1052-2021).

En efecto, el art. 489 del CST, sobre el tema de la interrupción de prescripción reza:

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.

Por su parte, el artículo 151 del CPTSS dispone en su aparte pertinente, que *«el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el [empleador], sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual»*.

Conforme lo ha entendido la jurisprudencia laboral, el *«simple reclamo escrito»* puede entenderse como cualquier requerimiento o solicitud que el trabajador haga de un derecho debidamente determinado y del que el empleador tenga conocimiento, sin que se demande solemnidad alguna en tal reclamación, en tanto que no debe contener exigencias formales, lenguaje técnico o jurídico para salir adelante (CSJ SL12900-2014, reiterada en la CSJ SL4554-2020); empero, también resultan necesarios acreditar unos mínimos para lograr los efectos pretendidos, entre ellos, ser presentado por escrito, que evidencie la certeza del reclamante, que fue efectivamente recibido y que se individualicen claramente los derechos o las prestaciones reclamadas (CSJ SL, 1º feb. 2011, rad. 30437, memorada en CSJ SL3786-2020 y CSJ SL4331-2020).

En el caso concreto, como ya se indicó, entre las partes existieron dos contratos de trabajo, cuyas finalizaciones datan del 30 de marzo de 2012 y 18 de noviembre de 2015, respectivamente. En este sentido, se evidencia que mediante comunicación del 6 de marzo de 2018 Myriam Jiménez Parra le solicitó a su ex empleadora lo siguiente:

Con un profundo respeto y admiración por la gran mujer y profesional que siempre ha sido, agradecida también por todo lo que a su lado aprendí y esperando contar con su total comprensión, me atrevo de manera muy respetuosa a solicitarle su ayuda a fin de realizar los

aportes a pensión de los años en los que laboré en su oficina.

Los años nos van enseñando que cuando uno tiene responsabilidades tan grandes con hijos todavía pequeños, es necesario asegurar de alguna manera un sustento al que puedan recurrir en caso de cualquier eventualidad, y es por ello que de manera respetuosa, le solicito, realizar los aportes legales a pensión por los años en los que trabajé con usted, en el Fondo de Pensiones Colfondos.

Es decir, la reclamación únicamente se contrajo a los aportes a seguridad social en pensiones, no se puso de presente ningún otro derecho social o de carácter sancionatorio como los que se procuran en la presente causa. En ese sentido, tal documento no tendría la potencialidad de interrumpir el término trienal por una vez, respecto de las ya referidas indemnizaciones.

En ese orden, como las dos relaciones laborales culminaron el 30 de marzo de 2012 y 18 de noviembre de 2015, respectivamente y al no haberse presentado reclamación alguna sobre la sanción por no consignación de las cesantías y la del artículo 65 del CST, específicamente por el incumplimiento del empleador con la obligación legal de informar por escrito dentro de los 60 días siguientes a la terminación del contrato, resulta claro, sin necesidad de mayores elucubraciones que, se encuentran afectadas con el fenómeno de la prescripción, dado que la reclamación de esos derechos vino a materializarse con la presentación de la demanda, que según acta de reparto ocurrió el 10 de mayo de 2019 (Fl. 36), esto es, más allá de los tres años de que tratan las referidas disposiciones antemencionadas.

Por las razones anteriores, es diáfano que debía declararse probada la excepción de prescripción y, por ende, absolverse a la demandada de las súplicas de la demanda, tal y como lo efectuó el *a quo*; siendo estos motivos más que suficientes para confirmar la decisión adoptada en primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

IV. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

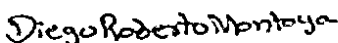
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCIA
Magistrada



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Proceso de Ordinario Laboral: 110013105-022-2021-00050-01

Demandante: REINELIO ROJAS SANCHEZ

**Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y AFP
PROTECCIÓN S.A.**

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A. y Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de febrero de 2022. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Reinelio Rojas Sánchez llamó a juicio a Colpensiones y a las Administradoras de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. y Protección S.A. para que se efectuara la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD, administrado por Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por Protección

S.A., efectuándose el traslado de la totalidad de sus aportes de Porvenir S.A. a Colpensiones; de igual modo, se condenara al pago de las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que nació el 11 de febrero de 1960; que se afilió al Instituto de Seguros Sociales ISS, 01 de abril de 1991, permaneciendo en dicho régimen hasta el mes de enero de 1995, cuando comenzó a realizar cotizaciones a la AFP Protección y posteriormente, desde el mes de octubre de 2001 a la AFP Porvenir S.A.

Afirmó, que los promotores las accionadas Colpensiones, AFP Protección y AFP Porvenir S.A., en el momento de la afiliación y desafiliación no cumplieron con el deber de información, asesoría y buen consejo, la doble asesoría, así como tampoco, le efectuaron *«la probabilidad de pensionarse en cada régimen»*; no le realizaron *«una proyección del valor de la indemnización o devolución de saldos»*, ni le brindaron *«información sobre los mecanismos de protección a la vejez»*.

Agregó, que radicó revocatoria directa ante Colpensiones el día 21 de enero de 2020, solicitando nulidad del traslado; el 06 de febrero de 2020, la misma solicitud ante la AFP Porvenir S.A., y el 27 de enero de 2020 a la AFP Protección S.A., en todas, peticionando la nulidad del contrato de afiliación y el traslado de la totalidad de los aportes a Colpensiones (Exp. Digital: 001DemandaAnexos, Págs. 3 a 11)

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones y, en cuanto a los hechos dijo no constarle o no ser ciertos.

En su defensa, arguyó que la vinculación del demandante con Porvenir S.A. en el año 2001, fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación N° 01586765-documento público- en el que se observa la

declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT.

Presentó como excepciones de mérito las de «*prescripción*», «*buena fe*», «*inexistencia de la obligación*», «*compensación*» y «*excepción genérica*» (Exp. Digital: 005ContestacionPorvenir. Págs. 1 a 31).

Protección S. A., se opuso a las pretensiones y sostuvo que el traslado de régimen no se atentó contra la libertad de escogencia de régimen pensional, pues no existió error, dolo o fuerza. Respecto de los hechos, admitió la fecha del nacimiento del demandante, la afiliación a Protección S. A. y frente a los demás dijo no ser ciertos o no constarle.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito las 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*» y «*aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto*» (Exp. Digital: 006ContestacionProteccion. Págs. 1 a 21).

Colpensiones se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con la edad del petente, que en un inicio se vinculó al régimen de prima media y posteriormente se pasó a una administradora de fondo de pensiones privada – AFP –, así como la solicitud de revocatoria presentada, sin que los constaran los demás supuestos o en su defecto los negó.

En su defensa, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente el demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario se observaba que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones

indebidas, igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010.

Propuso como excepciones de mérito las 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» e «innominada o genérica» (Exp. Digital: 007ContestacionColpensiones. Págs. 23 a 61).*

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el dos (02) de febrero de dos mil veintidós (2022), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el señor REINELIO ROJAS SANCHEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 16.273.325 al régimen de ahorro individual con solidaridad acaecido el 15 de diciembre de 1994. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó de régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A. fondo al cual se encuentra afiliado actualmente el demandante a trasladar a la ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora (sic) con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así mismo, se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional debidamente indexadas a la fecha de entrega a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a remitir a COLPENSIONES los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a este fondo debidamente indexadas, conforme quedó explicado precedentemente.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora (sic) conforme quedó explicado.

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

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. Fíjese como agencias en derecho cada una en la suma de \$2.000.000.
[...].

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que, según la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, las AFP desde su fundación han tenido el deber de brindar información a los posibles afiliados sobre las características de ambos regímenes, a fin de lograr que su decisión sea libre e informada, pues en caso de no ser así, la misma deviene en ineficaz. En ese sentido, indicó que conforme a las pruebas allegadas al plenario la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, pues no demuestra haber brindado al demandante una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera conocerlo de frente, antes de trasladarse con atención a su situación personal.

Advirtió que conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del CCGP como quiera que en este caso a lo largo de la declaración del interrogatorio de parte, el demandante se negó a aceptar siquiera, la afiliación o la firma de un formulario, tampoco más a allá de la discusión que pueda presentar o no la firma que a lo último conforme a la jurisprudencia, podría determinar exactamente en un consentimiento libre de vicios pero no informado, de modo que no existe allí alguna confesión, alguna respuesta que lo perjudique en el sentido de probar que en efecto le fue dada una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional en armonía con las condiciones particulares ostentadas al momento del traslado; en consecuencia, era evidente la configuración de la falta al deber de información que deviene en la falta de validez de cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el régimen de ahorro individual o el traslado entre administradoras.

En cuanto la prescripción, indicó que la ineficacia del traslado conlleva a una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral. Paralelamente aclaró que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se les llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originado en la omisión del fondo de pensiones.

II. RECURSOS DE APELACION

El apoderado de la Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la decisión de primera instancia, argumentando para tal efecto, que no se valoró que el consentimiento informado para su libre escogencia, el cual se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación o formulario de afiliación, documento público en el cual el demandante hizo constar que realizó de forma libre, voluntaria y sin presiones la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, habiendo sido asesorado sobre los aspectos de este, entre otros conceptos conforme lo exigía el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

Precisó, que no se trata de una simple declaración vacía incluida en un formulario de afiliación, sino, de un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la parte demandante, quien se presume como una persona capaz para obligarse; adicionalmente señaló, que Porvenir S.A. siempre le garantizó el derecho al retracto, conducta que se probó con la publicación que realizó en el diario El Tiempo el día 14 de enero del año 2004 como dispuso inicialmente el artículo 3 del Decreto 1161 del año 1994, sin que el actor ejerciera dicha facultad, lo cual no se valoró como una negligencia de su parte y debe valorarse como tal.

Arguyó, que con la declaratoria de la ineficacia del traslado entre regímenes se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada con que contaba el demandante, definida en jurisprudencia constitucional, como el poder de las personas reconocido por el ordenamiento positivo, para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos que son titulares

y, por ende, crear derechos y obligaciones siempre que se respete el orden público y las buenas costumbres.

Advirtió que sin perjuicio de lo anterior, tampoco procede la condena por la devolución de los gastos de administración, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el Régimen de Prima Media se destina un 3% de la cotización para financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia; gastos de administración que no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción, aunado a que, al ordenar este traslado de gastos de administración a COLPENSIONES, se configura un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución de forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes; que el artículo 113, literal B) de la Ley 100 de 1993 menciona cuales son los dineros que deben ser trasladados cuando existe un cambio de régimen pensional, esto es, el saldo de la cuenta individual incluidos sus rendimientos, lo que evidencia que estos gastos de administración no están destinados a financiar la prestación del afiliado, por ende, no pertenecen a él, sino al Fondo Privado como contraprestación para incrementar el capital existente en la cuenta individual del afiliado.

En consecuencia, no procede esta pretensión ya que, al ordenarla, debe condenarse igualmente a la parte demandante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados en la cuenta de ahorro individual, ya que así lo tiene decantado la Sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia tratándose de las restituciones mutuas, que es uno de los efectos jurídicos precisados en el artículo 1746 del Código Civil en cuanto a la nulidad de un acto jurídico.

El apoderado judicial de Colpensiones a su turno, interpuso recurso de apelación, argumentando para tal fin, que la garantía prestacional del demandante se encuentra salvaguardada, pues si cumple los requisitos de Ley en el RAIS, será pensionado por vejez; en ese sentido, señaló que si esa es la razón para no aplicar la prohibición legal en la cual se encuentra inmersa el demandante, esto es el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, considera que es errada la interpretación que hace el A Quo de esta normativa, por tal motivo, solicitó que se tenga en cuenta este instrumento

normativo que tiene Colpensiones para ejercer defensa judicial, instrumento normativo que a la fecha no ha sido derogado ni tampoco declarado inexecutable.

Indicó, que en el particular caso el demandante lo que se quiere es retornar al RPMPD, por estar descontento con el valor de su mesada en el RAIS, situación que nunca se refutó como una falta al deber de la información en la reiterada y pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema, ya que, para la época del traslado era imposible saber cuál iba a ser la mesada pensional del demandante en el futuro. En este sentido, sostuvo que no se estudió tampoco en la parte considerativa de qué forma esta sentencia va en contravía de los intereses financieros de Colpensiones, aun cuando está respondiendo por actos jurídicos celebrados por terceros; que en la parte considerativa de la sentencia no se denota ninguna responsabilidad de Colpensiones en la supuesta falta al deber de la información, que da sustento a la declaratoria de ineficacia del traslado, pero en la parte resolutive el juez si declara que Colpensiones está en el derecho de asumir o de empezar acciones legales por el perjuicio que le pueda ocasionar la sentencia.

Agregó, que dicho pronunciamiento carece de sustento porque el momento procesal oportuno para analizar, dictaminar o diagnosticar el papel de Colpensiones en este tipo de procesos, es el proceso mismo de nulidad del traslado y en este proceso en particular, no se ha retomado ese debate ni ese análisis, no teniendo entonces la parte resolutive, en este punto, un sustento considerativo de la sentencia.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas Porvenir S.A. y Colpensiones presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en el recurso de alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. Por el contrario, la parte actora alegó solicitando que se confirme. Protección S.A., guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por REINELIO ROJAS SANCHEZ del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Protección S.A. y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

III. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en el recurso de casación los siguientes supuestos fácticos: i) que el demandante nació el 11 de febrero de 1960; que ii) el 01 de abril de 1991 se afilió al ISS, entonces administrador del régimen de prima media con prestación definida, y que ii) el 15 de diciembre de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Porvenir S.A. (Exp. Digital: «0 001DemandaAnexos», Pág. 24; «GRP-SCH-HL-66554443332211_2036-20210722102429»).

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Bajo ese entendido, se tiene que el demandante alcanzó la edad de 62 años el 08 de febrero de 2022, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A., el 20 y 27 de enero de 2020 y el 06 de febrero de 2020,

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

respectivamente (Exp. Digital: 001DemandaAnexos. Págs. 88 a 93), es decir, cuando evidentemente le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según la historia laboral aportada a los autos, tenía 156.57 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: «GRP-SCH-HL-66554443332211_2036-20210722102429»), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

Al respecto, se precisa, que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*», el régimen que más les convenga; expresión que, conforme a lo dicho por la Sala de Casación Laboral, supone conocimiento, que se alcanza, cuando se sabe de forma completa, las consecuencias que el acto de traslado acarrea.

Así, no puede entenderse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando se desconoce la incidencia de esa acción frente a los derechos prestacionales, siendo obligación de las administradoras, brindar una información clara y suficiente de los efectos que genera el cambio de régimen, so pena de declararlo ineficaz.

Aunado a ello, desde el nacimiento de las administradoras del régimen de ahorro individual, se les impuso la obligación de suministrar información necesaria para lograr la mayor transparencia, como lo dispone el Decreto 663 de 1993, para garantizar una afiliación libre y voluntaria, lo que implica realizar una descripción de las características, condiciones, acceso y

servicios de cada uno de los regímenes pensionales, para que el potencial afiliado tenga conocimiento frente a los mismos y pueda compararlos.

Respecto del deber de información, en la sentencia de casación CSJ SL1688-2019, se anotó:

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

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

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas». (negritas de la sentencia).

Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, implica la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019 y genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba, como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a Colpensiones, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2208-2021 y CSJ SL2209-2021).

Asimismo, en estos asuntos, no puede exigirse una proximidad a pensión, pues esas condiciones no han sido previstas por el legislador y tampoco por la jurisprudencia, *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (sentencia de casación CSJ SL4025-2021).

De otra parte, lo que se juzga en estos asuntos, es la omisión en el deber de información; de allí que la posibilidad de retorno al régimen de prima media con prestación definida no se constituye en argumento con el que pueda avalarse la falta de esa obligación que genera, como con antelación se ha dicho, la ineficacia de ese traslado conlleva a retrotraer las cosas, a su estado inicial, es decir, como si esa acción nunca hubiera existido.

Ahora, en ese contexto decisional, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Protección S.A., realizado el 16 de abril de 1997, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, tan solo muestra el consentimiento del señor Rojas Sánchez, pero no, que se hubiera acreditado lo dispuesto en el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, en armonía con el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, lo que implica la ineficacia de la afiliación, sin que de las leyendas preimpresas insertadas en la documental referida, tales como *«la afiliación se hace libre y voluntaria»*, *«se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones»* u otro tipo de leyendas de este tipo, puedan predicarse el cumplimiento del deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (SL1499-2020).

De otra parte, frente al argumento de Porvenir S.A., según el cual no hay lugar a transferir los gastos de administración, comisiones y rendimientos, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes por pensión junto

con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989 reiterada en la CSJ SL1501-2022:

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

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

Asimismo, el fallo de primera instancia tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De igual modo, se precisa que el hecho de que la parte actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

[...] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.

Aunado a ello, debe acotar la Sala que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de tutela STP15228 – 2021 del 7 de septiembre de 2021, dejó sin efectos el fallo CSJ SL2440-2021 proferido por

la Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral el 15 de junio de 2021, que había introducido la denominada tesis de los «*actos de relacionamiento*», refiriendo que:

Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2° de la Ley 1781 de 2016.

Tampoco encuentra la Sala inconveniente alguno en la declaración del Juez A Quo, en torno a que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales que considere pertinentes en caso de verse lesionada ante las omisiones del fondo de pensiones aquí demandado, como quiera que resulta del resorte exclusivo de esa entidad hacerlo o no.

En otro giro, es importante destacar que en la sentencia CSJ SL2877-2020 reiterada en la CSJ SL1499-2022, se deja sentado la postura del alto Tribunal respecto a los efectos de la ineficacia, con relación a las restituciones mutuas que deban hacerse los contratantes, en este caso los sujetos de la relación jurídica de la afiliación como lo son las administradoras de pensiones. Al respecto dijo lo siguiente:

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.
[...]

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al *fondo de solidaridad pensional* para financiar la garantía de pensión

mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 *ibidem*-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que *«las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder»*, debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de inejecución del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de inejecución del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, y CSJ SL4360-2019 y SL4062-2021).

Los demás medios exceptivos también se tendrán como no probados, dado el resultado del proceso y lo señalado en precedencia.

Lo anteriormente expuesto resulta suficiente para confirmar la decisión proferida el 02 de febrero de 2022 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá. Así se decidirá, sin costas en esta instancia ante su no causación.

IV. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

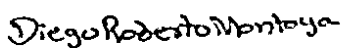
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCIA

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Proceso de Ordinario Laboral: 110013105-026-2019-00150-02
Demandante: REINALDO PATIÑO CÓRDOBA
Demandado: EMPRESA COLOMBIANA DE
PETRÓLEOS -ECOPETROL S.A.

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, contra la sentencia proferida por el Juzgado 1° Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

Reinaldo Patiño Córdoba promovió demanda ordinaria laboral para que se declarara que Ecopetrol lo pensionó como beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita con la USO. En consecuencia, solicitó se condenara a la accionada a pagar “*el verdadero valor de la primera mesada pensional*”, la que estableció en \$2.152.815, que incluye la totalidad de los factores salariales, estos son, salario básico, vacaciones, prima de vacaciones, descansos trabajados, dominicales y festivos, de acuerdo al fallo arbitral de Ecopetrol-USO-Mintrabajo, la Convención Colectiva de Trabajo y el Código Sustantivo del Trabajo; la indexación de la base pensional, el retroactivo originado por la reliquidación, reajuste de la mesada pensional,

desde el 30 de diciembre de 2002 debidamente indexada, los intereses, la indemnización moratoria por los daños causados a la pensión de jubilación y por aquellos emolumentos que no fueron contabilizados como factor salarial, así como las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que: mediante certificado No. 23145-001421 del 23 de diciembre de 2002, fue pensionado por Ecopetrol a partir del 30 del mismo mes y año, por haber laborado 25 años, 05 meses y 24 días, de acuerdo a los requisitos exigidos en los artículos 97, 98, 109 y 118 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente, fallos arbitrales y el CST; por certificado No. 23145-000045 del 29 de enero de 2003 expedido por la accionada estableció el monto de la pensión mensual de jubilación en cuantía de \$1.918.151 en calidad de trabajador convencional con las disposiciones de ese estatuto, en el que determinó los factores salariales devengados en el último año de servicios por un valor de \$27.280.371, sin que se tuviera en cuenta el *salario básico, vacaciones tiempo dinero, Prima de vacaciones, dominicales y festivos*, los que modifican dicha cuantía en \$30.536.237, incluyendo los valores correspondientes a los mencionados conceptos, al cual hay que aplicarle la indexación según el IPC.

Finalmente indicó que mediante derecho de petición del 21 de julio de 2017 solicitó a Ecopetrol S.A. la revisión y la reliquidación de la pensión de jubilación convencional, lo cual fue negado mediante oficio del 03 de agosto de 2017 (Exp. Digital: 001.110013105026220190015000.pdf, Págs. 04 a 10).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ECOPETROL S.A., al dar respuesta se opuso a las pretensiones. Respecto a los hechos, admitió los relacionados con el reconocimiento pensional según convención colectiva de trabajo y la reclamación efectuada en procura del reajuste de la prestación respecto a los demás, adujo que no eran ciertos.

En su defensa, precisó que no es procedente que se declare un acto cumplido por parte de la empresa y a partir del 30 de diciembre de 2002, por el cumplimiento de los requisitos para hacerse acreedor de la misma por plan 70, contemplado en la Convención Colectiva vigente para esa época y que el valor que trae el demandante es producto de un cálculo matemático

que constituye prueba elaborada y porque la empresa estableció el monto de la primera mesada pensional teniendo en cuenta todos los factores que constituyen salario en los términos de la Convención Colectiva vigente para la época y normas concordantes.

Manifestó que no es procedente indexación de la base pensional, además que al accionante se le reconoció la pensión de jubilación a partir del 30 de diciembre de 2002, es decir, desde el día siguiente a su desvinculación sin que hubiese tenido que soportar el paso del tiempo para el goce de la prestación y su poder adquisitivo se hubiere menguado. Propuso como excepciones las de falta de causa e inexistencia de la obligación, prescripción» y genérica (Exp. Digital: 001.11001310502620190015000.pdf, Págs. 344 a 355).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 1° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 22 de noviembre de 2021 resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el señor REINALDO PATIÑO CÓRDONA [...], tiene derecho a la pensión de jubilación convencional a partir del 30 de diciembre de 2002, en una suma equivalente a \$1.983.968.51, conforme se expuso.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias generadas por el reajuste aquí hallado con anterioridad al 21 de junio de 2014, en consecuencia, **CONDENAR** a Ecopetrol S.A. a reconocer las diferencias generadas de la reliquidación a partir del 21 de junio de 2014, teniendo en cuenta una mesada pensional para esa anualidad de \$3.388.676.14, mientras que la pagada por la entidad llamada a juicio correspondió a \$3.276.600, generándose una diferencia a partir del año 2014 de \$112.418.

TERCERO: CONDENAR a ECOPETROL a pagar el retroactivo pensional, generado por las diferencias aquí determinadas desde el 21 de junio de 2014, que, hasta el 31 de octubre de 2021, ascienden a la suma de \$13.726.395, suma que deberá ser indexada al momento de su pago y sobre el cual, se harán los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud.

CUARTO: ABSOLVER a ECOPETROL S.A. de las demás pretensiones.

QUINTO: COSTAS EN ESTA INSTANCIA A CARGO DE ECOPETROL S.A. Se fija la suma de \$500.000 como costas en derecho [...].

Consideró que, tal como lo ordena el precepto convencional (109 CCT-2001-2002), la prestación debía calcularse conforme a lo devengado en el último año de servicios, precisando que, si el demandante se retiró del servicio el

29 de diciembre de 2002, lo propio era tener en cuenta todos los rubros que se causaron y que tenían factor salarial, desde el 30 de diciembre de 2001 hasta el 29 del mismo mes de 2002.

En ese orden, mencionó que de acuerdo a los desprendibles de nómina, el salario básico correspondía a un total de \$14.384.150, precisando que para el mes de julio de 2002 no devengó ninguna suma por este concepto en la medida que del desprendible de nómina del mes de junio se evidencia que le fueron pagadas sus vacaciones, por lo que entendía el disfrute de las mismas en el mes siguiente y en esa medida no había lugar a acoger la suma denunciada por el accionante correspondiente a \$15.017.560 en la medida en que si bien el salario diario era de \$41.144, este no se debía multiplicar por 365 días, ya que, no todos los meses devengaba el mismo salario en tanto que la asignación dependía del número de horas laboradas.

En cuanto a las vacaciones, indicó que esta acreencia no constituye salario en la medida en que se trata de un descanso remunerado a favor del trabajador, sin embargo téngase en cuenta que la pasiva computó \$924.785 por este concepto denominado según la relación de la liquidación, vacaciones en tiempo y toda vez que no se puede desmejorar la situación del pensionado, había lugar a contabilizar la mencionada suma en el ingreso base de liquidación, en la medida en que así lo hizo la entidad llamada a juicio.

Respecto al trabajo suplementario y de descanso encontró la suma de \$3.394.357; de la prima de vacaciones, computó \$1.794.636 en atención a lo establecido en el artículo 97 de la Convención Colectiva, pues esta norma le imprimió el carácter salarial a la mencionada prestación, además que así lo aceptó o corroboró la entidad al momento de liquidar la prestación al tener en cuenta la suma de \$1.193.176 por este concepto, sin embargo, estimó agregar la suma de \$601.460 que fueron pagadas con el sueldo del último mes laborado y que corresponden a la proporción que se generó entre julio y diciembre del 2002, dado que así también lo ordenaba la norma convencional que contempla esta prestación en la medida que aquella generada por las vacaciones concedidas y que disfrutó el actor en julio fueron pagadas en el mes inmediatamente anterior a su disfrute, esto es, en junio del 2002 quedando pendiente el pago de esa prima que se generó por

los meses posteriores hasta la terminación de la relación laboral; frente a la prima de antigüedad que lo fue de \$1.316.608, a la prima de habitación de \$1.801.229, prima convencional de \$1.974.487 pesos, subsidio de transporte por \$720.000 y un subsidio de alimentación de \$376.000, indicó que no existía discusión o controversia alguna por el accionante frente a las sumas adoptadas.

Del recargo nocturno obtuvo un total, según los desprendibles de nómina devengados por el trabajador de \$2.378.553 más \$246.540 por recargo nocturno feriado, reporte adoptado de los desprendibles para un total de \$2.625.093 sin que el demandante sea beneficiario del laudo arbitral que fue incorporado al plenario, pues según el mismo, tal derecho estaba reservado para los trabajadores reclamantes sin que figure el accionante dentro de ellos, por lo que no había lugar a reliquidar la pensión teniendo en cuenta la prestación concedida en el mencionado laudo arbitral.

Así las cosas, coligió que, sumados los factores salariales enunciados, se obtenía un salario de \$28.216.441, pesos para un salario base de \$2.351.370, al cual aplicó un 75% como tasa de reemplazo, obteniendo \$1.763.527, que al sumar el porcentaje del 12,5% equivalía a \$220.440, para establecer una primera mesada pensional de \$1.983.968, mientras la pasiva le reconoció el beneficio pensional en \$1.918.151 encontrándose una diferencia de \$65.817. Por tanto, concluyó había lugar a realizar el reajuste correspondiente.

Respeto a la excepción de prescripción, la encontró probada parcialmente respecto de las diferencias causadas con anterioridad al 21 de junio de 2014, porque la reclamación administrativa fue presentada el mismo día y mes del 2017 y la demanda fue radicada el 15 de enero del 2019, por lo que el retroactivo pensional generado desde el 21 de junio del 2014 hasta el 31 de octubre del año en curso asciende a la suma de \$13.726.395, suma que debe ser indexada al momento de su pago y sobre el cual se realizarían los descuentos al sistema de seguridad social en salud, estimando que no hay lugar al pago de los intereses moratorios.

Frente a la indexación de la primera mesada pensional, sostuvo que la pensión fue reconocida desde el 30 de diciembre de 2002, día siguiente al

que fue terminado el contrato de trabajo sobre la base de los salarios devengados en el último año de labores, es decir, que no se presentó una pérdida del poder adquisitivo que afectara el valor de la mesada pensional, razón por la cual no había lugar a indexar esa primera mesada pensional.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante presentó recurso de apelación inconforme con la decisión argumentando que la prueba es documental y no deja duda de que el actor tiene derecho, especialmente en lo relacionado con el trabajo en dominicales y festivos porque se le reconoció un valor, pero la empresa no estaba reconociendo, como ella misma lo manifiesta en un auto de enero de 2014, el recargo del 75% al que hace referencia el artículo 179 del CST, entonces, al habersele pagado en el último año todos estos pagos una suma, en este caso, de \$1.175.747, sería correspondiente al 75% del trabajo en dominicales y festivos que se le pagó al trabajador, porque ECOPETROL solamente reconocía en ese tiempo *«el ciento por ciento en nómina y el ciento por ciento por trabajo, pero la norma hablaba del ciento por ciento en nómina, el ciento por ciento y el 75% por recargo, ese 75% es el que no aparece en la liquidación que hizo ECOPETROL, es claro que no aparece porque no lo estaba haciendo»*. Finalmente sostuvo que en este caso si hay lugar a indexación, pues la pensión se pagó incompleta, de modo que no resulta aplicable la tesis expuesta en torno a que, si la pensión se paga sin lapso de tiempo entre el retiro y el pago, pues en este han transcurrido 20 años y se debe hacer la indexación sobre el valor reconocido como diferencia que ha perdido poder adquisitivo.

A su turno, el apoderado judicial de Ecopetrol S.A. presentó recurso de apelación, indicando que al salario básico no se le puede aumentar ni disminuir, pues la accionada lo liquidó correctamente por el año de servicio que correspondía, no se entiende por qué la discrepancia en lo liquidado pues el salario básico obedece a un valor inalterable que multiplicado por 365 días le da el valor que obtuvo en las *ganancias* del último año, entonces no se está de acuerdo en que haya una diferencia y que la juez de primera instancia discrepe con la suma dada en las *ganancias* del último año para liquidar la pensión de jubilación.

Solicitó se revise esa cifra por el salario básico, pues ahí no se pueden aumentar horas extras ni trabajo suplementario porque el salario básico es uno solo, inalterable.

Señaló que ECOPETROL para las ganancias del último año, tuvo como horas extras y trabajo suplementario la suma de \$5.807.962, siendo ahí donde están las horas extras y el trabajo suplementario.

Finalmente indicó que la prima de vacaciones se causa por las vacaciones causadas, la que no se paga si no se el año de vacaciones, es decir, que si hubo un valor a pagar en vacaciones del último año, en el último generado el semestre, no quiere decir que eso causa prima de vacaciones, por lo tanto, no está de acuerdo con lo estimado por la *a quo*, de ese modo, no había lugar a generarse la prima de vacaciones, así como tampoco indexación alguna, ya que no hay diferencia al realizar una liquidación correcta sobre las prestaciones del último año.

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de conclusión. La parte actora, similares términos a los de la alzada, precisando que faltaron algunos factores por incluir en la liquidación de la prestación; la accionada, a su turno, tal y como lo hiciera en la apelación solicitó que se revoque la sentencia de primer grado.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación determinar si es procedente reliquidar la pensión de origen convencional que actualmente devenga el demandante, determinando para tal efecto, los factores salariales que deben tenerse en cuenta para su cálculo, específicamente los relacionados con el salario básico, dominicales y festivos, tiempo suplementario y la prima de vacaciones de carácter convencional. Finalmente, se estudiará si hay lugar la indexación de la primera mesada.

V. CONSIDERACIONES

Previo a descender sobre el problema jurídico así planteado, es menester precisar que se encuentra acreditado dentro del plenario que la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol, mediante comunicación 23145-001421 del 23 de diciembre de 2002, le reconoció al demandante una pensión de jubilación, tras haberse acogido al denominado «*Plan de Jubilación*» por haber servido a Ecopetrol un total de 25 años, 5 meses y 24 días y tener una edad de 46 años, tal y como lo exigía el artículo 109 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para la época. La prestación se hizo efectiva a partir del 30 de diciembre de 2002, en cuantía inicial de \$1.918.151, equivalente al 75% del promedio mensual (\$2.273.364) del total de *ganancias* en último año de servicios (\$27.280.371), más el 12.50% por 5 años adicionales de de servicios -2.5%- (Exp. Digital: «001.11001310502620190015000.pdf». Págs. 21 a 23).

Tampoco es materia de discusión, que el demandante es miembro de la Unión Sindical Obrera, y por tanto, es beneficiario de la convención colectiva de trabajo que regulaba las relaciones laborales entre la empresa petrolera y sus trabajadores.

En ese orden de ideas, como las pretensiones invocadas en el libelo genitor tienen su fuente en la convención colectiva de trabajo vigente entre enero de 2001 a enero de 2002 (págs. 105 a 257), la cual se aportó con la constancia de su depósito legal del 12 de junio de 2001, es decir que reúne los requisitos formales y probatorios que al efecto exige para este instrumento el artículo 469 del CST que, por la naturaleza pública de Ecopetrol, el actor satisfizo el requisito de la reclamación administrativa exigido en el artículo 6° del CPTSS según quedó documentado de páginas 12 a 14, petición a la que se le dio respuesta mediante escrito de folios 15 y siguientes.

Ahora bien, para resolver los problemas jurídicos planteados, es de precisar que la aludida prestación pensional, se encuentra consagrada en el artículo 109 de la Convención Colectiva de Trabajo, el cual dispone:

«La empresa continuará reconociendo la pensión legal vitalicia de jubilación o de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio a los trabajadores que habiendo llegado a la edad de cincuenta (50) años, le hayan prestado servicios por veinte (20) años o más, continuos o discontinuos, en cualquier tiempo, de conformidad con el Decreto 807 de 1994. Con todo la Empresa

reconocerá la pensión plena a quienes habiendo prestado servicios por más de veinte (20) años, reúnan setenta (70) puntos en un sistema en el cual cada año de servicios a Ecopetrol S.A., Equivale a un punto y cada año de edad equivale a otro punto, esta pensión de jubilación se reconocerá a solicitud de trabajador o por decisión de la Empresa (...).

Frente lo anterior, resulta diáfano que el monto de la pensión corresponde al *«setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios»*, lo que es igual, el monto de la prestación equivale al 75% de lo causado en el último año de servicios. Sobre el alcance de dicha disposición convencional, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL13585-2016, donde explicó que *«no siempre lo percibido durante el último año de servicio corresponde con lo devengado por el trabajador en ese mismo periodo, porque bien puede suceder que lo que recibió comprenda el pago de derechos causados en periodos anteriores, tal cual lo explicó esta Sala de la Corte en la sentencia CSJ SL 12250 de 2015»*.

En tal medida, estima la Sala que únicamente deben computarse para calcular el ingreso base de liquidación, todos aquellos emolumentos causados en el último año de servicios y que tengan incidencia salarial y desde luego, es decir, que de verificarse pago alguno en ese intervalo de tiempo producto de haberse causado previamente, no debe tenerse en cuenta para tales efectos.

Con relación a los factores salariales reclamados por la parte actora desde el libelo inicial y que son objeto de discrepancia en esta sede judicial, específicamente en lo que refiere al salario básico devengado, tiempo suplementario, dominicales y festivo, así como la prima de vacaciones, se encuentra lo siguiente:

Salario Básico: sobre este rubro, la parte accionada refiere que no se computó debidamente en la sentencia de primera instancia, por tanto solicita que sea revisado en esta instancia, a lo cual, verificados tanto el documento denominado *«LIQUIDACION GANANCIAS PARA PENSION»*, como los recibos de pago correspondientes a las quincenas de los meses de enero a diciembre de 2022 (Págs. 24 a 50), precisando que en el primero de los documentos enunciados se encuentra como salario básico reconocido por la entidad para calcular el monto pensional, para el mes de diciembre de 2001, y no discutida en el proceso, la suma de \$189.780,00 de modo que se

computará para el respectivo cálculo, en los demás, se encuentran acreditados los siguientes salarios básicos o tiempo regular que devengó el actor:

MES	QUINCENA	SALARIO
Diciembre		\$189.780,00
Enero	1	\$617.160,00
	2	\$658.304,00
Febrero	1	\$617.160,00
	2	\$534.872,00
Marzo	1	\$617.160,00
	2	\$658.304,00
abril	1	\$617.160,00
	2	\$617.160,00
mayo	1	\$617.160,00
	2	\$658.304,00
junio	1	\$617.160,00
	2	\$1.193.176,00
julio	1	\$0,00
	2	\$0,00
agosto	1	\$576.016,00
	2	\$658.304,00
septiembre	1	\$617.160,00
	2	\$617.160,00
octubre	1	\$617.160,00
	2	\$658.304,00
noviembre	1	\$617.160,00
	2	\$617.160,00
diciembre	1	\$617.160,00
	2	\$658.304,00
TOTAL		\$14.384.460,00

Dicha sumatoria, resulta superior a la calculada por la empresa demandada (\$14.261.028), por lo que, en principio, habría lugar a su modificación y así se tendrá para efectos de calcular la prestación.

Dominicales y festivos: se duele la parte recurrente por activa que el valor a pagar por este rubro corresponde a una cifra superior a la que señaló el *a quo*, sin embargo, una vez se revisaron las nóminas de pago resultan coincidentes con las que allí se calcularon:

MES	QUINCENA	DOMINGOS Y FESTIVOS
Diciembre		-
Enero	1	\$4.745,00
	2	\$46.287,00
Febrero	1	\$5.143,00
	2	\$5.143,00
Marzo	1	\$0,00
	2	\$5.143,00

Abril	1	\$0,00
	2	\$5.143,00
Mayo	1	\$0,00
	2	\$87.431,00
Junio	1	\$5.143,00
	2	\$82.288,00
Julio	1	\$5.143,00
	2	\$46.287,00
Agosto	1	\$0,00
	2	\$41.144,00
Septiembre	1	\$46.287,00
	2	\$5.143,00
Octubre	1	\$0,00
	2	\$46.287,00
Noviembre	1	\$0,00
	2	\$87.431,00
Diciembre	1	\$5.143,00
	2	\$5.143,00
TOTAL		\$534.474,00

De este modo, al no haber medio probatorio alguno que soporte lo señalado en la alzada, éste debe permanecer incólume.

Horas extras y/o trabajo suplementario diurno y nocturno: En este punto, de los ya referidos documentos, se pudo extraer que los valores tenidos en cuenta para liquidar la prestación difieren de lo que reflejan las nóminas de pago, según se deduce de la siguiente relación:

MES	QUINCENA	RECARGO NOCTURNO	RECARGO NOCTURNO F	DESCANSO TRABAJADO	SBT DIURNO	SBT NOCTURNO	SBT DI/NO/DO/FE
Diciembre		-	-	-	-	-	-
Enero	1	\$68.321	\$3.796	\$37.956	\$43.294	\$68.914	-
	2	\$106.974	\$24.686	\$87.431	\$37.287	\$76.502	\$23.400
Febrero	1	\$125.489	\$4.114	\$0	\$64.288	\$73.802	-
	2	\$90.517	\$4.114	\$0	\$75.859	\$45.901	-
Marzo	1	\$76.116	\$0	\$0	\$21.858	\$74.702	-
	2	\$135.775	\$4.114	\$0	\$6.429	\$85.502	-
Abril	1	\$96.688	\$0	\$0	\$34.715	\$38.701	-
	2	\$74.059	\$4.114	\$0	\$55.287	\$38.701	-
Mayo	1	\$133.718	\$0	\$0	\$42.430	\$92.702	-
	2	\$106.974	\$24.686	\$82.288	\$62.359	\$77.403	\$40.115
Junio	1	\$100.803	\$4.114	\$0	\$75.859	\$57.602	
	2	\$65.830	\$20.572	\$82.288	\$46.930	\$63.002	\$40.115
Julio	1	\$146.061	\$4.114	\$0	\$30.858	\$97.203	-
	2	\$84.345	\$4.114	\$41.144	\$16.072	\$27.001	\$6.429
Agosto	1	\$0	\$0	\$0	\$0	\$0	
	2	\$51.430	\$20.572	\$41.144	\$12.858	\$22.501	\$9.000
Septiembre	1	\$117.260	\$32.915	\$41.144	\$6.429	\$45.001	\$9.000
	2	\$84.345	\$4.114	\$0	\$19.286	\$27.001	-
Octubre	1	\$113.146	\$0	\$0	\$8.357	\$92.703	
	2	\$94.631	\$24.686	\$41.144	\$72.645	\$38.701	\$23.401
Noviembre	1	\$102.860	\$0	\$0	\$9.643	\$73.802	-
	2	\$111.089	\$53.487	\$82.288	\$6.429	\$40.501	\$18.001
Diciembre	1	\$94.631	\$4.114	\$0	\$19.286	\$31.501	-

	2	\$197.491	\$4.114	\$0	\$19.286	\$76.502	-
	TOTAL	\$2.378.553	\$246.540	\$536.827,00	\$787.744	\$1.365.851	\$169.461

Los anteriores guarismos, arrojan un total de \$5.484.976.

Prima de vacaciones: Sobre este concepto, conforme al artículo 97 de la convención colectiva de trabajo, constituye salario, de ahí que deba computarse siempre y cuando se haya causado en ese último, y en el caso de marras se evidencia que le fue pagada de forma proporcional al actor en la suma de \$601.460, tal como se deduce del desprendible de nómina de la segunda quincena de diciembre de 2002, no siendo de recibo entonces lo propuesto por el recurrente por pasiva, pues es claro que dicha prima sí fue causada en ese periodo, en todo caso, no se observa medio de prueba alguno que derruya tal conclusión y es por ello que debe sumarse al cálculo para obtener el IBL, junto con la reconocida por Ecopetrol y tenida en cuenta para liquidar la pensión por valor de \$1.193.176 reflejada en la nómina correspondiente a la segunda quincena del mes de junio de 2002.

Así las cosas, determinados los anteriores rubros objeto de alzada se procede a liquidar la prestación incluyendo adicionalmente todos aquellos que no fueron objeto de reproche, así:

SALARIO BÁSICO	\$ 14.384.460
VACACIONES	\$ 924.785
PRIMA DE VACACIONES	\$ 1.794.636
HORAS EXTRAS	\$ 5.484.976
DOMINGOS Y FESTIVOS	\$ 534.474
PRIMA CONVENCIONAL	\$ 1.974.487
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	\$ 1.316.608
SUBSIDIO DE TRANSPORTE	\$ 720
SUBS DE ALIMENTACIÓN	\$ 376
SUBSIDIO DE ARRENDAMIENTO	\$ 1.801.229
TOTAL DEVENGADO	\$ 28.216.751
PROMEDIO MENSUAL (12)	\$ 2.351.396
MESADA BASE (75%)	\$ 1.763.547
PUNTOS ADICIONALES POR 5 AÑOS DE SERVICIOS (2,5% X 5= 12,5%)	\$ 220.443
PRIMERA MESADA	\$ 1.983.990

En esa medida, la suma arrojada, esto es \$1.983.990, en efecto resulta superior a la concedida por la entidad demandada, que lo fue por \$1.918.151, pero a su vez, resulta superior a la calculada en la sentencia de primera instancia (\$1.983.968,51), motivo por el cual, se modificará tal decisión en la medida que el monto de la prestación fue motivo de alzada por las partes.

Para calcular el retroactivo pensional causado por las diferencias a favor del demandante, desde el 21 de junio de 2014, fecha no controvertida en esta instancia, se verifica la evolución de las mesadas y el mencionado retroactivo hasta el 31 de mayo de 2022, así:

CÁLCULO			MESADA ECOPETROL	DIFERENCIA	No. MESADAS	TOTAL
AÑO	IPC Variación	MESADA REAJUSTADA				
2.002		1.983.990	\$ 1.918.151	\$ 65.839	PRESCRIPCIÓN	PRESCRIPCIÓN
2.003	0,0699	\$ 2.122.671	\$ 2.052.230	\$ 70.441	PRESCRIPCIÓN	PRESCRIPCIÓN
2.004	0,0649	\$ 2.260.432	\$ 2.185.419	\$ 75.013	PRESCRIPCIÓN	PRESCRIPCIÓN
2.005	0,0550	\$ 2.384.756	\$ 2.305.618	\$ 79.138	PRESCRIPCIÓN	PRESCRIPCIÓN
2.006	0,0485	\$ 2.500.417	\$ 2.417.440	\$ 82.977	PRESCRIPCIÓN	PRESCRIPCIÓN
2.007	0,0448	\$ 2.612.435	\$ 2.525.741	\$ 86.694	PRESCRIPCIÓN	PRESCRIPCIÓN
2.008	0,0569	\$ 2.761.083	\$ 2.669.456	\$ 91.627	PRESCRIPCIÓN	PRESCRIPCIÓN
2.009	0,0767	\$ 2.972.858	\$ 2.874.203	\$ 98.655	PRESCRIPCIÓN	PRESCRIPCIÓN
2.010	0,0200	\$ 3.032.315	\$ 2.931.687	\$ 100.628	PRESCRIPCIÓN	PRESCRIPCIÓN
2.011	0,0317	\$ 3.128.440	\$ 3.024.622	\$ 103.818	PRESCRIPCIÓN	PRESCRIPCIÓN
2.012	0,0373	\$ 3.245.130	\$ 3.137.440	\$ 107.690	PRESCRIPCIÓN	PRESCRIPCIÓN
2.013	0,0244	\$ 3.324.312	\$ 3.213.994	\$ 110.318	PRESCRIPCIÓN	PRESCRIPCIÓN
2.014	0,0194	\$ 3.388.803	\$ 3.276.345	\$ 112.458	8,33	\$ 936.775
2.015	0,0366	\$ 3.512.833	\$ 3.396.259	\$ 116.574	14	\$ 1.632.034
2.016	0,0677	\$ 3.750.652	\$ 3.626.186	\$ 124.466	14	\$ 1.742.523
2.017	0,0575	\$ 3.966.315	\$ 3.834.692	\$ 131.623	14	\$ 1.842.718
2.018	0,0409	\$ 4.128.537	\$ 3.991.531	\$ 137.006	14	\$ 1.918.085
2.019	0,0318	\$ 4.259.824	\$ 4.118.462	\$ 141.363	14	\$ 1.979.081
2.020	0,0380	\$ 4.421.698	\$ 4.274.963	\$ 146.735	14	\$ 2.054.286
2.021	0,0161	\$ 4.492.887	\$ 4.343.790	\$ 149.097	14	\$ 2.087.360
2.022	0,0562	\$ 4.745.387	\$ 4.587.911	\$ 157.476	5	\$ 787.382
TOTAL DIFERENCIAS						\$ 14.980.244

Indexación de la primera mesada: Sobre este puntual aspecto de la apelación, debe decirse que la jurisprudencia laboral avalado la indexación de la primera mesada pensional, toda vez que la devaluación de los salarios es un fenómeno que puede afectar a toda clase de pensiones por igual, incluyendo las causadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991; de ahí que no sea dable hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento, porque cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al derecho de igualdad (CSJ SL736-2013, reitera entre otras muchas en la CSJ SL525-2022). Ello ha sido así, precisamente bajo el supuesto de que exista pérdida del poder adquisitivo del dinero, ocasionada por el transcurso del tiempo desde la fecha del retiro del servicio hasta que la pensión se reconoce y se comienza a disfrutar.

En suma, contrario a lo que plantea el recurrente, ésta no es automática y para su procedencia habrá de auscultarse si el correr del tiempo entre el momento en que se dejó de prestar el servicio y el reconocimiento pensional, generó que con la mesada definida se concretara la pérdida del poder adquisitivo (Sentencia CSJ SL5087-2020 y SL208-2022). En tal medida, en el presente caso, al ser un supuesto no cuestionado, que el convocante laboró para la demandada hasta el 29 de diciembre de 2002, y que la pensión de jubilación convencional se le otorgó a partir del día siguiente, con un ingreso base de liquidación correspondiente a lo devengado en el último año laborado, es claro que tal suma de dinero no sufrió depreciación, se *itera*, debido a que no transcurrió tiempo entre la fecha del retiro del servicio y la del disfrute de la prestación pensional. Siendo ello así, no resulta procedente la indexación pretendida, por cuanto no existe depreciación que se deba paliar o subsanar a través de esta figura, como es su propósito. No obstante ello, procede, como así lo determinó la juez a quo, la indexación de las sumas arrojadas por concepto de diferencias pensionales.

En tal sentido, se modificará la decisión de primer grado, en los términos anteriormente expuesto. Así se determinará, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que el valor de la primera mesada pensional asciende a la suma de \$1.983.990, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión. En lo demás se confirma el ordinal.

SEGUNDO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que el valor de la mesada para el año 2014 corresponde a la suma de \$3.388.803, siendo la diferencia frente a que reconoció Ecopetrol de \$112.458, todo ello, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión. En lo demás se confirma el ordinal.

TERCERO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que el retroactivo pensional causado entre el 21 de junio de 2014 y el 31 de mayo de 2022, asciende a la suma de \$14.980.244, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión. En lo demás se confirma el ordinal.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la decisión. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

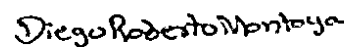
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ibídem.



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCIA
Magistrada



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Proceso de Ordinario Laboral: 110013105-027-2019-00638-01

Demandante: JUAN GABRIEL RINCÓN MEDINA

**Demandada: AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. –
AVIANCA.**

En la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre del mismo año, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada Avianca, contra la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de octubre de 2021.

I. ANTECEDENTES

Juan Gabriel Rincón Medina, promovió demanda ordinaria laboral, para que se declarara la compartibilidad pensional, respecto de las pensiones extralegal de carácter temporal reconocida por AVIANCA S.A. y la de vejez que le fue reconocida por el ISS, hoy COLPENSIONES; como consecuencia de lo anterior, se condenara a AVIANCA S.A. a pagar a partir del 25 de abril de 2007, el valor de todas las «14» mesadas causadas desde el momento en que se compartió la pensión, que no hayan sido reconocidas por COLPENSIONES, y de las que se llegaren a causar en el futuro, reajustadas

en los porcentajes establecidos en la ley para pensiones; valores debidamente indexados, junto con el pago de las agencias en derecho y costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones señaló, que estuvo vinculado laboralmente de manera subordinada, continua y por contrato de trabajo a término indefinido a AVIANCA S.A. del 29 de enero de 1972 al 31 de diciembre de 2003; que su retiro se produjo por mutuo acuerdo, mediante conciliación efectuada el 10 de diciembre de 2003 en la inspección No. 9 del Ministerio de la Protección Social -Dirección Territorial del Trabajo, acta No. 10.

Señaló que, la pensión del demandante fue reconocida en la aludida conciliación en la suma mensual de \$2.526.003, correspondiente al 75% del salario promedio del último año, por 14 mesadas al año, doce por cada mes del año, una en junio y otra en diciembre; precisando que Avianca S.A. conmutó la aludida prestación con la sociedad COLSEGUROS hoy ALLIANZ SEGURO DE VIDA S.A.

Mencionó que Avianca S.A. pagó la pensión extralegal hasta el momento en que fue pensionado por el ISS hoy COLPENSIONES, según Resolución 18927 de 2008, quien reconoció la prestación a partir del 25 de abril de 2007 por valor de \$3.247.755. Con lo cual, se compartió en su totalidad la pensión convencional otorgada por Avianca con la pensión legal otorgada por el ISS hoy Colpensiones, por ser esta última superior al valor de la pensión voluntaria a partir del 1 de enero de 2004, es decir, anterior al Acto Legislativo 001 de 2005, pero en la pensión otorgada por el ISS, hoy COLPENSIONES, no se le reconoció la mesada 14 que si pagaba la pensión extralegal otorgada por Avianca.

Aseguró que, la figura de la compartibilidad opera para todas las pensiones voluntarias o convencionales y está a cargo de la patronal pagar el mayor valor existente ente dichas prestaciones, en el presente caso debe cancelar la entidad demandada la denominada mesada 14 en los en los términos del artículo 5° del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, y reiterada por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de igual año.

Finalmente, indicó que ha efectuado numerosos reclamos verbales a Avianca para el pago de la mesada 14 objeto de la demanda los cuales fueron resueltos por la demandada en forma negativa; y adicionalmente, que Colpensiones paga al demandante una mesada pensional para el año 2019 por la suma de \$5.295.773 (Expediente Digital: 01 EXP 2019-638.pdf, Págs. 2 a 10)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

AVIANCA S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra y, en cuanto a los hechos, aceptó los referentes a la existencia contrato de trabajo con el actor, la forma en que terminó el mismo y el reconocimiento de la pensión voluntaria; los demás hechos los consideró como no ciertos o que no le constaban.

En su defensa explicó que Avianca no debe suma alguna por concepto de mesadas adicionales o mesada catorce, toda vez que la pensión extralegal temporal que en su momento se reconoció al demandante se extinguió por efecto de la no compatibilidad con el ISS hoy COLPENSIONES y por ende no hay causación de las presuntas mesadas adicionales ya que el derecho pensional se encuentra totalmente a cargo de COLPENSIONES en los términos de ley.

Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido», «prescripción», «compensación» y «buena fe». (Exp. Digital: 01 EXP 2019-638.pdf, Págs. 74 a 82)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 25 de octubre de 2021, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a AVIANCA S.A. a seguir pagando la mesada 14 a la que tiene derecho el señor JUAN GABRIEL RINCÓN MEDINA, desde la fecha en que COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de PRESCRIPCIÓN en relación con la mesada 14 causada con anterioridad al 31 de mayo del 2016 Y SE DECLARAN NO PROBADAS LAS DE

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO, COMPENSACIÓN Y BUENA FE, propuesta por la demandada, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: CONDENAR a AVIANCA S.A. a pagar al señor JUAN GABRIEL RINCÓN MEDINA la suma de \$29'773.476 por las mesadas adicionales de junio causadas entre el 1° de junio del 2016 y el 25 de octubre del 2021 y deberá continuar pagando las mesadas adicionales de junio que se sigan causando, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: CONDENAR en costas a AVIANCA S.A., TASENSE incluyendo como agencias en derecho la suma de \$2'000.000.

Para arribar a dichas conclusiones, consideró que está demostrada la calidad de pensionado del actor por parte de Avianca en virtud del acuerdo de conciliación celebrado entre las partes el 10 de diciembre del 2003, mediante el cual el demandante acordó acogerse al plan de pensión anticipada presentado por la empresa, decisión que daba por terminado el contrato por mutuo consentimiento, a partir del 1° de enero del 2004, incluyendo la pensión concedida un total de 14 mesadas.

Mencionó que era posible acceder de manera independiente a las dos pensiones legal y convencional cuando esta se hubiere causado con anterioridad al 17 de octubre de 1985 o que causándose con posterioridad a esa fecha se hubiera expresado la compatibilidad con la pensión del ISS y en cuanto a las pensiones causadas con posterioridad al 17 de octubre de 1985, estas son compartibles salvo que se haya expresado que por decisión de las partes serían incompatibles. En ese sentido, explicó que de la lectura del acuerdo entre las partes se logra establecer que la pensión reconocida por el empleador era de carácter temporal la cual sería compartida con la pensión de vejez reconocida por el ISS momento en el cual quedaría a cargo el empleador únicamente el mayor valor si lo hubiere.

Que al revisar la resolución a través de la cual el ISS, hoy COLPENSIONES, se observa que se reconoció al actor una pensión de vejez en un valor para el año 2007 de \$3.247.755 y para el año 2008 de \$3.432.552 y la prestación que percibía por parte de Avianca S.A. para el año 2007 era de \$3.108.830 y para el año 2008 era de \$3.285.722, es decir que la mesada reconocida por Avianca S.A. fue inferior a la reconocida por COLPENSIONES, razón por la cual se podría decir inicialmente que no quedó mayor valor pendiente de pago por parte del empleador; sin embargo, debía tenerse en cuenta que si

bien en el monto mensual de la mesada no existe mayor valor por pagar, lo cierto es que la pensión reconocida por Avianca S.A. lo fue en 14 mesadas y la pensión reconocida por COLPENSIONES se hizo en 13 mesadas teniendo en cuenta lo dispuesto por el Acto Legislativo 001 del 2005.

Por lo anterior, consideró que el empleador debe asumir de forma exclusiva y en virtud de la compartibilidad pensional, el pago de la mesada adicional de junio de la pensión reconocida mediante el acuerdo conciliatorio celebrado entre el actor y Avianca S.A., como quiera que la mesada 14 es un derecho adquirido que no puede verse afectado ni estar a cargo de la administradora de pensiones por disposición expresa de la Ley.

Frente a la excepción de prescripción, indicó que el actor tenía derecho a que Avianca S.A. asumiera el pago de la mesada 14 a partir de la fecha en que se le reconoció la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, esto es desde el 25 de abril del 2007, sin embargo teniendo en cuenta que el actor solo elevó petición el 31 de mayo del 2019, alcanzó a transcurrir el término trienal y por tanto se debía declarar probada parcialmente la excepción de prescripción, con relación a las mesadas causadas con anterioridad al 31 de mayo del 2016.

En cuanto a la cuantificación del retroactivo, tomó el valor de la mesada que el actor venía recibiendo por parte de Avianca S.A. en el año 2007 en la suma de \$3.108.830 y la reajustó anualmente encontrando que para el año 2016 le correspondía una mesada de \$4.663.322, para el año 2017 una mesada de \$4.719.963, para el año 2018 una mesada de \$4.913.009, para el año 2019 una mesada de \$5.069.243, para el año 2020 una mesada de \$5.261.874 y para el año 2021 la mesada de \$5.346.064. Así, concluyó que se le adeuda al actor la suma \$29.773.476 y que se deberá continuar pagando las mesadas adicionales de junio que se sigan causando. Todo con la respectiva indexación, ante la evidente devaluación monetaria.

II. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación, argumentando para tal efecto, que el acuerdo de conciliación que existió entre las partes, si bien hizo tránsito a cosa juzgada y así quedó específicamente plasmada la voluntad de las partes en dicho documento

manifestando que tal valoración no se ajustó a las establecidas en la Ley pues se le ha dado una denominación, connotación e interpretación que en primer lugar no era necesaria, porque resulta claro y evidente lo que se pactó entre las partes y en segundo lugar ajeno a lo que específicamente acordaron las partes. Resaltó que lo que se acordó, se concilió, se plasmó en el documento que ha sido mal interpretado y valorado por la Juez a quo, fue lo siguiente en torno al presunto derecho adquirido por la mesada 14.

Por lo anterior, arguyó que si la pensión reconocida al ISS o al fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado el ex – trabajador jubilado fue inferior a la que venía pagando la empresa, ésta asumirá la diferencia de mayor valor en el evento en que haya lugar a ello de acuerdo con las normas legales vigentes. Siendo claro se evidencia en el expediente, que la pensión reconocida por el ISS al demandante fue superior a la reconocida por esta entidad y en ese evento no hay lugar de ninguna manera a la compartibilidad. Además, la pensión voluntaria de jubilación fue pactada de forma compartible, sujeta a una diferencia de mayor valor entre la mesada, pero no al número de mesadas, es decir, se refiere al valor bruto del derecho pensional del demandante, pues en ningún momento esta entidad reconoció o concedió al demandante una mesada legal adicional como lo hace ver al Despacho de primer grado, como un derecho adquirido, dado que es una pensión voluntaria y temporal, no el reconocimiento de un fundamento o derecho legal como se está declarando en este escenario, porque así no fue pactado y aunado a ello, la entidad no tiene la facultad para ello, dado que la única para declarar este tipo de derechos es efectivamente el fondo de pensiones al cual se encontraba adscrito.

En ese orden de ideas, expresó que la pensión legal reconocida al demandante es la que efectivamente percibe por parte de Colpensiones, sin que haya lugar a hacer una declaración de carácter legal que provenga de una entidad particular que no es un fondo ni una administradora de fondo de pensiones, como lo es Avianca S.A., entonces mal podría declararse que esta entidad en algún momento le concedió al demandante una mesada 14, haciendo notar que en el mismo documento se expresa que se refiere únicamente al reconocimiento de un beneficio extra legal y temporal condicionado al reconocimiento de la pensión de vejez por parte de la administradora de fondo de pensiones y al pago del mayor valor bruto que

se alcanzara a percibir, en ningún momento las partes establecieron la obligación de reconocer mesadas extralegales adicionales pues esa no era la voluntad de ellas. En ese orden de ideas, mediante el acuerdo de retiro que consta en el acta del 10 de diciembre del 2003, asumió el pago de una pensión voluntaria con las condiciones previamente reseñadas y en este estricto sentido el apego de la Ley no puede ser motivo de reproche a una empresa cuando pactó la compatibilidad de una condición de mayor valor, en el evento en que la pensión reconocida al demandante en su valor neto o bruto fuera inferior existía una voluntariedad, sin embargo ese requisito pactado entre las partes no se da en este caso.

Insistió en que la compatibilidad quedó únicamente frente a un mayor valor bruto, sin que en ningún momento pueda asumir esta entidad una mesada adicional, de modo que no existe ninguna obligación de asumir ni siquiera el pago parcial ni el vitalicio, ni ningún tipo de retroactivo, porque está y se encuentra demostrado en el expediente que la pensión reconocida por el ISS es superior a los \$3.247.000 y la que percibía el demandante era de \$3.108.830, al ser superior la reconocida por el ISS se descarta cualquier posibilidad u obligación de compatibilidad por parte de esta entidad.

Finalmente mencionó, que la pensión es voluntaria, es extralegal y no reemplaza la pensión legal, entonces no es un derecho adquirido, ese derecho se extinguió porque no se compartió nunca con la pensión de vejez, al no existir una obligación de compatibilidad no existe ningún asunto más allá que estudiar si existe o no existe una obligación de Avianca S.A., pues la extinción de ese derecho genera como consecuencia, que cualquier eventual derecho accesorio bajo el principio de que lo accesorio sigue lo principal, no nació nunca a la vida jurídica porque no existió ninguna obligación de compatibilidad, el actor no es beneficiario de una mesada 14 y el acuerdo suscrito entre las partes señaló expresamente una condición, cuando indicó que estaba sujeto a las normas legales vigentes y solo si existía mayor valor frente a lo que reconociera el ISS. Adicional a lo anterior, a la fecha en que el actor causó la pensión legal de vejez, el goce de la mesada 14 se había limitado en razón a la reforma introducida por el Acto Legislativo 001 del 2005 y solo las pensiones que no superaban los 3 SMLV tenían derecho a percibir, caso que no era el suyo.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada Avianca S.A. presentó alegaciones solicitando se revoque la decisión de primer grado. La parte actora solicitó a su turno, que se confirme.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación, establecer si procede el reconocimiento de la mesada 14 que venía reconociendo el empleador con la pensión voluntaria y temporal reconocida.

III. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de advertir que se encuentra acreditado dentro del plenario que la Avianca S.A. mediante conciliación celebrada el 10 de diciembre de 2003 ante el Ministerio de la Protección Social - Dirección Territorial del Trabajo (Págs. 12 a 14 y 87 a 90), reconoció pensión temporal al demandante en los siguientes términos:

PRIMERO: EL TRABAJADOR, laboró para LA EMPRESA durante el tiempo comprendido entre 9 de Enero de 1972 y 31 de Diciembre de 2003 en forma continua, a través de un contrato de trabajo y en razón a la propuesta de un plan de pensión anticipada presentado por la empresa y aportada con la ACAV según acta de acuerdo convencional del 2 de Octubre de 2003, decide de manera libre y voluntaria dar por terminado el contrato de trabajo a partir del día 17 de marzo de 2004, decisión que al ser aceptada por la empresa convierte la terminación del contrato en mutuo consentimiento.

SEGUNDA: La empresa reconocerá por esta conciliación al trabajador una pensión de carácter temporal por la suma de (DOS MILLONES QUINIENTOS VEINTISEIS MIL TRES PESOS (\$2.526.003) mensuales (75% de su salario promedio del último año) a partir del 1 de Enero de 2004, correspondiente a un total de 14 mesadas (Doce, una por cada mes y 2 adicionales pagaderas así una en Junio y otra en Diciembre). Esta pensión tendrá los incrementos que decreta el gobierno nacional para las pensiones a partir del 1 de enero de 2.004, así como también para los años subsiguientes. En caso de que al momento del retiro el promedio salarial del último año se hubiese aumentado el valor de esta pensión será reajustado.

Esta pensión se causará hasta la fecha en que se reconozca por parte del ISS o el Fondo de Pensiones al cual se encuentra afiliado el trabajador o hasta el momento de su muerte o hasta el momento de su invalidez, lo que ocurra primero, en cualquiera de estos casos Avianca quedará completamente exonerada de cualquier obligación, siempre y cuando que la pensión reconocida por el ISS o el Fondo Privado de Pensiones respectivo sea igual o mayor.

De acuerdo con lo establecido en la Ley 797 de 2.003, si el extrabajador beneficiario de esta pensión de jubilación voluntaria otorgada por la empresa mediante este acto, no ha solicitado ante el ISS o al Fondo Privado de Pensiones al cual se encuentre afiliado la pensión de vejez en el término de 30 días después de haber cumplido los requisitos legales para acceder a dicha pensión (55 años de edad si es mujer y 60 años de edad si es hombre), la Empresa lo hará a su nombre para lo cual el extrabajador jubilado ratifica en este acto que autoriza Avianca S.A. a adelantar los trámites correspondientes. En igual forma autoriza que los pagos de mesadas que haya hecho la empresa de más sin estar obligada a ello y que sean reconocidos posteriormente en forma simultánea por el ISS o el Fondo Privado de Pensiones al cual se encuentre afiliado, le sean reconocidas y pagadas directamente a Avianca S.A.

Por lo anterior, si la pensión reconocida por el I.S.S. o el Fondo de Pensiones al cual se encuentra afiliado el extrabajador jubilado fuere inferior a la que le venía pagando la Empresa, ésta asumirá la diferencia del mayor valor en el evento en que haya lugar a ello de acuerdo a las normas legales vigentes.

Igualmente, el empleador continuará cancelando los aportes para pensiones su totalidad hasta el día que cumpla los 55 años de edad si es mujer o 60 años de edad si es hombre, ocurra la muerte o se declare la invalidez. Estas sumas serán reajustadas en los mismos porcentajes y fechas en que se reajusten las pensiones de vejez, de acuerdo con lo que prevean las normas aplicables».

Tampoco se discute que el ISS hoy Colpensiones, mediante Resolución No. 018927 del 28 de abril 2008, reconoció pensión de vejez a Juan Gabriel Rincón Medina, a partir del 25 de abril de 2007 en cuantía inicial de \$3.247.755, ello en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuyo retroactivo fue girado a la ex empleadora Avianca S.A. (fls. 16 y 91).

Lo anterior pone de presente que la pensión de vejez resultó ser superior a la concedida por el empleador Avianca S.A., en la medida que aquella prestación voluntaria reajustada al año 2007 ascendió a la suma de \$3.108.830.

De conformidad con los medios probatorios expuestos, se arriba a la conclusión de que el acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes demuestra en forma fehaciente que fue la intención de las partes, en forma voluntaria, pactar el reconocimiento de una pensión con ese carácter [voluntaria] con límite temporal sujeta a condición resolutoria, que no fue otra que el reconocimiento de la pensión de vejez de carácter legal que asumiera el ISS siempre y cuando cumpliera los requisitos legales para acceder a ella.

La citada prestación no se concedió en virtud del cumplimiento de requisitos legales ni extralegales, sino que su génesis fue la voluntad libre

de las partes para convenirla, siendo ellos quienes establecieron su naturaleza y su carácter temporal, quiere decir ello, que no se violó ni se actuó en contra del ordenamiento legal, sino que, simplemente, se anticipó el pago de las mesadas previo el reconocimiento de la pensión de vejez, de lo que se deriva un *plus* respecto de la expectativa legal que tenía y que en últimas se cumplió, pues la entidad de seguridad social así la reconoció, de lo que se deriva que no hay vulneración a derecho adquirido alguno, sino el estricto cumplimiento de los parámetros acordados entre las partes.

Ahora bien, al producirse el evento de la condición resolutoria pactada en el acuerdo conciliatorio, se concluye que fenece la obligación pactada, sin que ello derive en la violación de derechos adquiridos, pues éstos fueron de carácter temporal o transitorio, por lo que el ingreso a su patrimonio de su importe también lo fue con tal calidad. Es por ello, que no hay lugar a asignar la calidad de vitalicia a la pensión reconocida por el empleador al accionante y con ello pretender la compartibilidad de las pensiones, con base en el reconocimiento realizado por el ISS, conforme se pretende en la demanda, pues se *itera* su naturaleza fue temporal y se sujetó al cumplimiento de la condición resolutoria pactada entre las partes.

La anterior tesis, ha sido expuesta por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia radicada al No. 42439 del 24 de julio de 2013¹, donde señaló:

*«Sea lo oportunidad para reiterar, en aras de la función unificadora de la jurisprudencia que tiene a cargo esta Corte, **que las figuras de compartibilidad y compatibilidad posible entre la pensión por cuenta del empleador y la del ISS regulada por el artículo 18 el Acuerdo 049 de 1990 no aplican para las pensiones voluntarias de carácter temporal**, pues tal regulación está hecha para el evento en que tales pensiones tengan la posibilidad de concurrencia, la cual se ha de descartar de plano, por obvias razones, si la pensión asumida por el empleador es de carácter temporal hasta tanto se otorgue la del ISS».*

A su vez, en la misma decisión se pronunció frente al hecho de que tal situación no viola el principio de progresividad ni constituye una violación a derechos adquiridos, en los siguientes términos:

No está demás precisar por la Sala que el principio de progresividad de los derechos laborales guarda relación con el respeto a los derechos mínimos contenidos en el ordenamiento jurídico laboral y de seguridad social. Por

¹ En igual sentido la citada Corporación se había pronunciado en las sentencias 17054 del 13 de marzo de 2002 y la 16690 del 27 de febrero de 2002, entre otras.

tanto, si el empleador decide reconocer una pensión voluntaria, sin perjuicio de la establecida en la ley o de cualquier otra de carácter extralegal existente, **no se viola este principio si este la reconoce de forma transitoria como sucedió en el sublite**, dado que tal reconocimiento de todas maneras implicaría un plus respecto de que lo que ya existía en favor del trabajador. Además, que puede haber derechos adquiridos de carácter temporal o transitorio, por lo que su ingreso al patrimonio será, igualmente, de carácter temporal.

A partir de ello, al estar claramente estipulado y sin discusiones que la pensión otorgada por el empleador de forma anticipada, voluntaria y carácter temporal, no es posible sujetarla a la compartibilidad consagrada en los artículos 5 del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el art. 1 del Decreto 2879 de ese año, y 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el art. 1 del Decreto 758 del mismo año, tal y como lo explicó esta Sala de Casación en fallo CSJ SL473-2019, en el que enseñó:

(...) aquel pago espontáneo, acordado de manera autónoma, al tener otras características entre ellas la de su temporalidad, impedía pregonar la compartibilidad de que trata el mencionado artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, en tanto dicha disposición la prevé tratándose de pensiones permanentes.

En otras palabras, el hecho de que la erogación mensual se hubiere acordado de manera restringida en el tiempo (hasta cuando el ISS reconociera la pensión de vejez), no le restaba el carácter de pensión, aunque dicha cualidad impedía que frente a tal pago se pudiera hablar de compartibilidad.

Como lo memoró la providencia atrás aludida, en sentencia SL15828-2015, se adoctrinó más ampliamente sobre el punto:

En la situación establecida por el ad quem, no cabe duda de que la pensión asumida por el empleador fue de carácter voluntario y temporal, y que nació a partir del acuerdo conciliatorio, donde se dejó registrado que el motivo del retiro del trabajador fue «jubilación anticipada»; luego, como lo asentó esta Corte, en la sentencia CSJ SL del 24 de julio de 2013, No. 42439, y reiterada en la SL 2260 de 2014 (...).

(...)

Sea lo oportunidad para reiterar, en aras de la función unificadora de la jurisprudencia que tiene a cargo esta Corte, que las figuras de compartibilidad y compatibilidad posible entre la pensión por cuenta del empleador y la del ISS regulada por el artículo 18 el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el D. 758 de 1990, no aplican para las pensiones voluntarias de carácter temporal, ver en este sentido, las sentencias precitadas, cuyo pasaje pertinente de la primera se transcribe enseguida (...). (Subraya la Sala)

‘...tal regulación está hecha para el evento en que tales pensiones tengan la posibilidad de concurrencia, la cual se ha de descartar de plano, por obvias razones, si la pensión asumida por el empleador es de carácter temporal hasta tanto se otorgue la del ISS’.

Dicha tesis se ha venido reiterando entre otras, en las sentencias CSJ SL594-2018, SL5137-2019 y recientemente en las CSJ SL1644-2020 y CSJ SL4749-2020, señalándose que este tipo de prestaciones constituyen un beneficio, una prerrogativa que el empleador concede, en forma libre, voluntaria y sujeta a extinción mucho antes de que el sistema de seguridad social, con fundamento en la ley, reconozca la pensión de vejez, precisándose: *«sin que pueda considerarse que el reconocimiento en cuantía inferior a la que se extinguió constituya un retroceso, pues el derecho precedente, se reitera, era un beneficio voluntario, temporal, que se extinguía ante el cumplimiento de la edad para la pensión a cargo del sistema»*, máxime cuando en el caso que nos ocupa la prestación reconocida al actor por Colpensiones resultó superior a la concedida por Avianca S.A. en la referida conciliación, cumpliéndose con la condición allí pactada.

En los términos expuestos, se sigue que no hay lugar a la procedencia de la pretensión invocada en la demanda, pues al no ser compartible la pensión no hay lugar a la mesada adicional que allí se reclama y, por tal razón, se dispondrá revocar la sentencia impugnada. Así se decidirá sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron, las de primera instancia corren a cargo de la parte actora.

IV. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a la demandada **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO – AVIANCA. S.A.** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

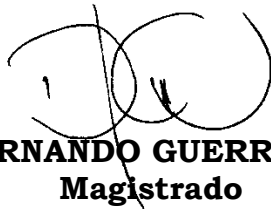
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera instancia corren a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCIA
Magistrada



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-033-2018-00326-01

Demandante: PEDRO ANTONIO POVEDA CORTÉS

**Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y SKANDIA S.A.**

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las accionadas, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre del mismo año, procede la Sala de Decisión a revisar los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de julio de 2021. Asimismo, revisará el aludido fallo en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Pedro Antonio Poveda Cortés, llamó a juicio a Colpensiones y a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías –AFP, Porvenir S.A. y Old Mutual S.A. (hoy Skandia S.A.) con la finalidad de que se declarara la nulidad del traslado de régimen realizada el día 01 de noviembre de 1996; en consecuencia, ordenar a Old Mutual S.A. y a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentra depositado en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, y bonos

pensionales, así como la realización de todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen aprobado el 01 de noviembre de 1996 del ISS a la AFP Horizonte S.A y posteriormente a la AFP Old Mutual, hoy Skandia S.A., así como también se ordene recibirlo en Colpensiones sin solución de continuidad. Por último, solicitó se les condene en costas, más lo extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 13 de julio de 1959, afiliándose al ISS el día 08 de abril de 1988. Informó que el día 01 de noviembre de 1996, encontrándose vinculado como trabajador dependiente se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD administrado por el ISS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, mediante afiliación a la AFP Horizonte; que posteriormente se afilió a la AFP Skandia, sin embargo, su decisión no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de esta AFP; que el traslado de régimen que llevada a cabo el 01 de noviembre de 1996 del ISS a la AFP Horizonte y posteriormente a la AFP Skandia se destacó por la indebida información de los fondo privados que llevó a convencerlo que se trasladara de régimen pensional.

Adujo, que Porvenir S.A. no le informó antes del 13 de julio de 2011 acerca de la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión; que el 01 de marzo de 2014, contando con más de 54 años, se trasladó de la AFP Porvenir S.A. a la AFP Skandia, por lo que el día 24 de abril de 2018, solicitó a Skandia S.A hoy Old Mutual S.A. su traslado de Régimen hacia Colpensiones; el día 26 de abril de 2018 hizo lo mismo en Porvenir S.A. y finalmente mencionó que elevó derecho de petición a Colpensiones el día 03 de mayo de 2018, solicitando su traslado de Régimen desde Porvenir S.A. (Exp. Digital: «01. EXPEDIENTE DIGITAL.pdf». Págs. 83 a 100).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, contestó la demanda aceptando los hechos referentes a la edad del actor y su traslado del RPMPD al RAIS, así como los relativos a las distintas solicitudes efectuadas por el demandante; respecto de los demás, adujo no

ser ciertos o no constarle. Con relación a las pretensiones, se opuso a las mismas.

En su defensa explicó que al demandante no le asiste derecho a lo pretendido, ya que se encuentra inmerso dentro de una prohibición legal, establecida en el artículo 29 de la Ley 797 de 2003, para poder efectuar el traslado de régimen pensional, al contar con 59 años al momento de solicitar el traslado; que el accionante permaneció en el RAIS por más de 22 años, por lo que el mismo sabía que quería permanecer en el RAIS, y sólo hasta que se dio cuenta que su decisión no era la que esperaba fue que quiso regresar al RPMPD, hecho que no es responsabilidad de Colpensiones pues el actor tenía pleno conocimiento de lo que hacía y no se demostró que existiera algún vicio de consentimiento al momento de su afiliación al RAIS.

Propuso como excepciones de mérito las de *«inexistencia de la obligación»*, *«excepción error de derecho no vicia el consentimiento»*, *«buena fe»*, *«prescripción»*, e *«innominada o genérica»* (Exp. Digital: «01. EXPEDIENTE DIGITAL.pdf». Págs. 122 a 138).

Old Mutual S.A., contestó la demanda aceptando los hechos relacionados con la edad del actor y su afiliación a la AFP, Skandia S.A., así como lo relativo a las semanas cotizadas al ISS a efectuadas por el demandante; respecto de los demás, adujo no ser ciertos o no constarle. Con relación a las pretensiones, se opuso a las mismas.

En su defensa explicó que el actor no allegó prueba alguna de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación al RAIS, adujo que la nulidad pretendida por el accionante no puede ser otra que la nulidad relativa, pues no se cumplen los supuestos de hecho necesarios para argüir una nulidad absoluta, como lo sería el objeto o causa ilícita, la omisión de algún requisito o formalidad o la incapacidad absoluta.

Propuso como excepciones de fondo las de *«prescripción»*, *«prescripción de la acción de nulidad»* y *«cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación»*, *«prescripción»*, e *«innominada o genérica»* (Exp. Digital: «01. EXPEDIENTE DIGITAL.pdf». Págs. 188 a 218).

Porvenir S.A., contestó la demanda aceptando los hechos concernientes a la edad del actor, así como a la respuesta a la solicitud efectuada por el demandante a la entidad; respecto de los demás, adujo no ser ciertos o no constarle. Con relación a las pretensiones, se opuso a las mismas.

En su defensa explicó que la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Afirmó que el recurrente tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado al RAIS, manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de la vinculación ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante recordó que desde el veintiocho (28) de febrero de dos mil catorce (2014) el demandante se encontraba afiliado a la AFP Old Mutual, por lo que los dineros y rendimientos de la cuenta individual fueron trasladados en su totalidad, estando su cuenta inactiva y saldos en ceros en Porvenir S.A.

Propuso como excepciones de fondo las de *«prescripción»*, *«prescripción»*, *«falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas»*, *«buena fe»*, *«prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo»*, *«enriquecimiento sin causa»* e *«innominada o genérica»* (Exp. Digital: «01. EXPEDIENTE DIGITAL.pdf». Págs. 282 a 297).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el veintiocho (28) de julio del año dos mil veintiuno (2021), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP PORVENIR S.A., y con esto a la afiliación realizada el 1 DE NOVIEMBRE DE 1996 al Sr. PEDRO ANTONIO POVEDA CORTES, identificado con cédula de ciudadanía N° 7.302.418.

SEGUNDO: DECLARAR que el Sr. PEDRO ANTONIO POVEDA CORTES, identificado con cédula de ciudadanía N° 7.302.418, se encuentra efectivamente afiliada a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-.

TERCERO: ORDENAR a SKANDIA S.A OLD MUTUAL, realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual

del Sr. PEDRO ANTONIO POVEDA CORTES, identificado con cédula de ciudadanía N° 7.302.418, a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, y cuotas de administración.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación del Sr. PEDRO ANTONIO POVEDA CORTES.

QUINTO: ORDENAR a AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. OLD MUTUAL, a realizar el traslado de las cuotas de administración, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado de manera proporcional a cada una de las AFP y a cargo de su propio patrimonio.

Para esto se CONMINA a COLPENSIONES a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho y prescripción, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A. Se fijan como Agencias en Derecho la cantidad de TRES (3) S.M.L.M.V. por parte de AFP PORVENIR. Y para SKANDIA S.A. la cantidad de DOS (2) S.M.L.M.V. [...].

Para arribar a la anterior conclusión, indicó que al haberse efectuado la afiliación del demandante en el año 1996, la AFP tenía el deber de describir las características, condiciones de cada régimen, junto con las consecuencias de un traslado entre los mismos; de igual manera la AFP debió suministrar los elementos para el afiliado comprendiera de manera objetiva y lógica el funcionamiento de ambos regímenes; y pese a que el demandante suscribió formularios de afiliación con la AFP Horizonte en septiembre de 1996, con la AFP Porvenir S.A. en el año 2000 y con Skandia S.A. el 25 de enero de 2014, y, en los mismos se consigna una leyenda respecto a la voluntad del afiliado con la simple suscripción de la solicitud, de los mismos no es posible acreditar que se dio una asesoría informada de la decisión tomada por el actor. Así las cosas, precisó debían analizarse otros medios probatorios para determinar si en la realidad, el acto jurídico de cambio de régimen estuvo precedido de la ilustración mínima establecida por la ley. Concluyó así, que, de las pruebas recaudadas, no era posible determinar que las AFP brindaran la información necesaria y transparente para que la afiliación del demandante al RAIS se haya realizado de manera libre y voluntaria, reiterando que el formulario de afiliación era insuficiente para determinar el tipo de información que el afiliado recibió, este implicaba únicamente que hay un consentimiento del usuario, pero el mismo no es informado. En ese orden, como la AFP no demostró que brindó la

información necesaria y transparente al demandante, había lugar a declarar la ineficacia del traslado entre regímenes y con las consecuencias anotadas en precedencia.

II. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la demanda Porvenir S.A., presentó recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión total o parcialmente, argumentando para tal efecto, que no se acreditaron las causales que demostraran la ineficacia de traslado, toda vez que la AFP brindó una información eficaz velando por los derechos del actor al momento de realizar el cambio de régimen pensional, aduciendo que ello estuvo precedido de una decisión libre y consentida por parte del demandante

Expuso que si bien, las Altas Cortes han manifestado que el formulario no es fuente que prevé el libre consentimiento, la entidad no se encuentra de acuerdo con tal criterio ya que el documento se presume autentico conforme a lo dispuesto con los artículos 243 y 242 del CGP y de igual manera, dicho documento no fue tachado por la parte actora. Resaltó que el demandante, no solo firmó un formulario de afiliación con Horizonte S.A, sino también lo diligenció en su momento formulario con Porvenir S.A. En se sentido, esgrimió que la exigencia de dejar por escrito información suministrada, nació con posterioridad legal y jurisprudencial a la afiliación de la parte actora con la AFP, sin embargo, como se constató en interrogatorio de parte absuelto por el actor, un asesor de Porvenir S.A. atendió la firma del formulario.

Agregó, que el afiliado también cuenta con una serie de deberes que no atendió el accionante; y en ese orden, solicitó que, de acceder a la ineficacia de traslado, se revoque totalmente la condena en costas y gastos de administración al haber realizado una buena gestión de las sumas recaudadas.

La apoderada judicial de Skandia S.A., presentó recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión, para ello adujo que, el traslado efectuado por el demandante del RPMPD al RAIS se efectuó de manera libre y voluntaria, como el mismo actor lo expresó en el interrogatorio de parte al

expresar que simplemente recibió una recomendación de su empleador al momento de realizar la afiliación, por lo que la AFP no tuvo injerencia ni en el traslado inicial, ni en el traslado posterior. Denotando así, que el formulario de afiliación no es la única prueba que obra dentro del expediente, además, del dicho del demandante se puede extraer que conocía de características propias del RAIS que no se presentan en el RPMPD, como lo es la realización de aportes voluntarios.

Indicó, que los actos de relacionamiento que tuvo el demandante revelaron la voluntad de permanencia, como lo fue el traslado dentro del mismo régimen, específicamente desde Porvenir S.A. a Old Mutual S.A. y frente al cual, el demandante no manifestó inconformidad respecto de los extractos que se le remitían y que recibió.

Agregó, que dentro del formulario de afiliación sí obra la firma y el nombre del asesor que realizó el traslado, por lo que estimó que la entidad cumplió a cabalidad con su deber de información de forma verbal y escrita. De modo que la inconformidad del demandante radica en el posible monto pensional que recibiría en el RAIS, sin embargo, ello no resulta suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación.

Finalmente, solicitó que, de ser confirmada la sentencia, se revoque lo concerniente a los gastos de administración, seguros provisionales y descuentos pertinentes por seguros provisionales, dado que estas sumas fueron invertidas de la forma en que la Ley lo señala y ya no se encuentran en las cuentas entidad.

El apoderado judicial de Colpensiones presentó recurso de apelación, solicitando se revoque parcialmente el fallo proferido, aduciendo para tal efecto que la entidad eventualmente se puede ver afectada económicamente, en vista de que se desconoce si el ahorro del accionante alcance a cubrir la prestación que se llegare a reconocer, en el mismo sentido, expresó que de acuerdo a lo expuesto durante el proceso, se logró demostrar el cumplimiento del deber de información al momento del traslado, aun ocurriendo una carga desproporcionada para las AFP de demostrar su diligencia al momento del cambio de régimen del actor.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del CPTSS, la parte accionada presentó alegatos en similares términos a los expuestos en sus respectivas contestaciones de demanda, así como en los recursos de alzada. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por PEDRO ANTONIO POVEDA CORTÉS del RPMPD al RAIS administrado por Protección S.A. y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

III. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en el recurso de apelación los siguientes supuestos fácticos: i) que el demandante nació el 13 de julio de 1959; que ii) el 08 de abril de 1988 se afilió al ISS, entonces administrador del régimen de prima media con prestación definida, y que iii) el 12 de septiembre de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A. (Exp. Digital: «01. EXPEDIENTE DIGITAL». Págs. 22, 24 y 300).

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían

Bajo ese entendido, se tiene que el demandante alcanzó la edad de 62 años el 13 de julio de 2021, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a Colpensiones, el 30 de mayo de 2018, a Porvenir S.A. el 26 de abril de 2018 y a Old Mutual S.A., hoy Skandia S.A. el 24 de abril de 2018 (Págs. 30 a 58, ib.), es decir, cuando evidentemente le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según la historia laboral aportada a los autos, tenía 135,57 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Pág. 24, ib.), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

Al respecto, se precisa, que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*», el régimen que más les convenga; expresión que, conforme a lo dicho por la Sala de Casación Laboral, supone conocimiento, que se alcanza, cuando se sabe de forma completa, las consecuencias que el acto de traslado acarrea.

Así, no puede entenderse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando se desconoce la incidencia de esa acción frente a los derechos prestacionales, siendo obligación de las administradoras, brindar una información clara y suficiente de los efectos que genera el cambio de régimen, so pena de declararlo ineficaz.

trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

Aunado a ello, desde el nacimiento de las administradoras del régimen de ahorro individual, se les impuso la obligación de suministrar información necesaria para lograr la mayor transparencia, como lo dispone el Decreto 663 de 1993, para garantizar una afiliación libre y voluntaria, lo que implica realizar una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, para que el potencial afiliado tenga conocimiento frente a los mismos y pueda compararlos.

Respecto del deber de información, en la sentencia de casación CSJ SL1688-2019, se anotó:

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

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

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de

proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas». (negrillas de la sentencia).

Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, implica la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019 y genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba, como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a Colpensiones, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2208-2021 y CSJ SL2209-2021).

Asimismo, en estos asuntos, no puede exigirse una proximidad a pensión, pues esas condiciones no han sido previstas por el legislador y tampoco por la jurisprudencia, *«la violación del deber de información se predica frente a*

la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo” (sentencia de casación CSJ SL4025-2021).

De otra parte, lo que se juzga en estos asuntos, es la omisión en el deber de información; de allí que la posibilidad de retorno al régimen de prima media con prestación definida no se constituye en argumento con el que pueda avalarse la falta de esa obligación que genera, como con antelación se ha dicho, la ineficacia de ese traslado conlleva a retrotraer las cosas, a su estado inicial, es decir, como si esa acción nunca hubiera existido.

Ahora, en ese contexto decisonal, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, desde luego, que en el interrogatorio de parte el actor no confesó en momento alguno haber recibido tal información, salvo que firmó el formulario de forma voluntaria y por recomendación de su empleador, circunstancia que tampoco subsana el deber de información de la AFP.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Horizonte S.A., realizado el 12 de septiembre de 1996, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, tan solo muestra el consentimiento del señor Poveda Cortés, pero no, que se hubiera acreditado lo dispuesto en el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, en armonía con el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, lo que implica la ineficacia de la afiliación, sin que de las leyendas preimpresas insertadas en la documental referida, tales como *«la afiliación se hace libre y voluntaria»*, *«se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones»* u otro tipo de leyendas de este tipo, puedan predicarse el cumplimiento del deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (SL1499-2020).

Igualmente, precisa la Sala que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información, el que se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3463-2019 y CSJ SL1217-2021).

De otra parte, frente al argumento de las AFP Porvenir S.A. y Skandia S.A., según el cual no hay lugar a transferir los gastos de administración, comisiones y rendimientos, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes por pensión junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989 reiterada en la CSJ SL1501-2022:

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

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

Asimismo, el fallo de primera instancia tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De igual manera, se precisa que el hecho de que la parte actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, o que hubiera permanecido por largo

tiempo en el RAIS, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

[...] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.

Aunado a ello, debe acotar la Sala que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de tutela STP15228 – 2021 del 7 de septiembre de 2021, dejó sin efectos el fallo CSJ SL2440-2021 proferido por la Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral el 15 de junio de 2021, que había introducido la denominada tesis de los «*actos de relacionamiento*», refiriendo que:

Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2° de la Ley 1781 de 2016.

En otro giro, es importante destacar que en la sentencia CSJ SL2877-2020 reiterada en la CSJ SL1499-2022, se deja sentado la postura del alto Tribunal respecto a los efectos de la ineficacia, con relación a las restituciones mutuas que deban hacerse los contratantes, en este caso los sujetos de la relación jurídica de la afiliación como lo son las administradoras de pensiones. Al respecto dijo lo siguiente:

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación

de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

[...]

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al *fondo de solidaridad pensional* para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 *ibidem*–.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «*las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder*», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de inejecución del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de inejecución del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, y CSJ SL4360-2019 y SL4062-2021).

Los demás medios exceptivos también se tendrán como no probados, dado el resultado del proceso y lo señalado en precedencia.

Lo anteriormente expuesto resulta suficiente para confirmar la decisión proferida el 28 de julio de 2021 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá Así se decidirá, sin costas en esta instancia ante su no causación.

I. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

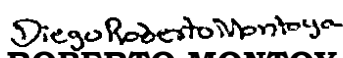
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ibídem.



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCIA
Magistrada



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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