



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 33 2019 020470 01
DEMANDANTE: FERNANDO ANDRÉS MERCHÁN MARTÍNEZ
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de agosto de 2021. Igualmente, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, entidad de la cual es garante la Nación.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 3 de octubre de 1977 hasta el 9 de noviembre de 1977 y desde el 10 de noviembre de 1977 al 27 de junio de 1999. En consecuencia, condene a la demandada a reconocer y pagar debidamente indexada pensión de jubilación convencional por cumplir los requisitos establecidos en el artículo 41, parágrafos 1 y 3 de la convención colectiva de trabajo suscrita la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y el Sindicato de Trabajadores de la empresa, vigente para los años 1998 – 1999, a partir del 8 de octubre de 2014, a razón de 14 mesadas al año. Asimismo, a pagar los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en la oficina de Málaga - Santander desde el 3 de octubre de 1977 hasta el 9 de noviembre de 1977 y desde el 10 de noviembre de 1977 al 27 de junio de 1999, data esta en que la empleadora lo dio por terminado sin que mediara justa causa. Indicó que desempeñó como último cargo el de Cajero Principal II, Grado 04, con una asignación salarial de \$992.190. Expuso que en vigencia del vínculo laboral estuvo afiliado a Sintracreditario, por ende es beneficiario de la convención colectiva 1998- 1999. Manifestó que cumplió 55 años de edad el 8 de octubre de 2014 y que solicitó el reconocimiento de la pensión convencional (fls. 3 a 15).

Al dar respuesta a la demanda, la UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones, excepto la relacionada con la declaratoria de existencia del contrato. En cuanto a los hechos, aceptó el periodo en que prestó servicios a la Caja Agraria, el cargo desempeñado, el salario percibido, la terminación sin que mediara justa causa, la vinculación al sindicato de trabajadores y la reclamación administrativa. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los restantes. Propuso las excepciones de improcedencia de derecho alegado por derogatoria normativa, prescripción, buena fe, y las demás declarables de oficio. Argumentó que el Acto Legislativo 01 de 2005 impide el reconocimiento de la prestación reclamada (fls. 33 a 37).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 5 de agosto de 2021, resolvió:

Primero: CONDENAR a la UGPP a reconocer y pagar a Fernando Andrés Merchán Martínez identificado con cédula de ciudadanía 13.905.527 de Concepción Santander, la pensión de jubilación contemplada en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo del año 1998 – 1999 a partir del 8 de octubre de 2014, en cuantía inicial de \$1.625.590, por 14 mesadas al año, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DETERMINAR como mesada pensional para el año 2021 la suma de \$2.155.213.

TERCERO: DETERMINAR como retroactivo de las mesadas pensionales a agosto de 2021, la suma de \$148.074.965.

CUARTO: Condenar a la UGPP a pagar en favor del señor Fernando Andrés Merchán Martínez, únicamente el mayor valor de las diferencias que surgen entre la pensión convencional que aquí se reconocen y la pensión que se llegare a reconocer en el sistema de seguridad social en pensiones conforme a lo consagrado en el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990.

QUINTO: CONDENAR a la UGPP a indexar las sumas objeto de condena desde el momento de su causación y hasta que se haga efectivo el pago.

SEXTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas y no reclamadas con anterioridad al 4 de julio de 2016.

SÉPTIMO COSTAS de esta instancia a cargo de la UGPP. Se fijan como agencias en derecho la suma de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

OCTAVO: Si esta providencia no es apelada envíese en grado de consulta con el superior.

Como sustento de su decisión, señaló que el demandante logró acreditar los requisitos previstos en la norma convencional para acceder al derecho pensional, el cual se causó una vez se produjo el retiro de la entidad, por lo que no le son aplicable las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, al argumentar que el demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, toda vez que en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, la norma convencional perdió vigencia el 31 de julio de 2010, que con anterioridad a la entrada en vigencia de dicho precepto el actor acreditaba el tiempo de servicios, pero no la edad que es un requisito de causación, por lo que apenas tenía la expectativa de acceder al derecho. Señaló que la convención colectiva es aplicable a los trabajadores, no a quienes han dejado de serlo. Finalmente, solicitó revocar la condena en costas como quiera que ha actuado de buena fe y siempre con apego al ordenamiento jurídico.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si el actor tiene de derecho al reconocimiento de pensión prevista en la convención colectiva suscrita entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y Sintracreditario, vigente para los años 1998 – 1999.

Para dilucidar dicho problema jurídico, está demostrado que: **i)** el promotor del juicio prestó sus servicios personales a la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 3 de octubre de 1977 hasta el 27 de junio de 1999, pues tal circunstancia fue certificada por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural como consta a folio 18 y, **ii)** nació el 8 de octubre de 1959, por lo que cumplió 55 años el mismo día y mes de 2014, según consta en copia de cédula de ciudadanía de folio 17.

En relación con las pensiones convencionales, recuerda la Sala que el Acto Legislativo n.º 01 de 2005 por el cual se reforma el artículo 48 de la Constitución Nacional, dispone en el tercer párrafo transitorio, que las reglas de carácter pensional que regían a la fecha de su vigencia contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrían por el término inicialmente estipulado. Y precisó que en los pactos, convenciones o laudos que se suscribieran entre la vigencia de dicho Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrían estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encontraran vigentes. En todo caso, dispuso el Acto Legislativo, que perderían vigencia el 31 de julio de 2010.

Lo anterior implica que, a partir del 31 de julio de 2010, perdieron vigencia todas las normas convencionales, de laudos arbitrales o acuerdos, que contenían condiciones pensionales más favorables que las previstas en

la ley. Ahora bien, la referida enmienda constitucional no modifica, ni desconoce los derechos adquiridos con anterioridad a su entrada en vigor (CSJ SL 2540 de 2020).

En el presente caso, la norma convencional sobre la cual edifica el actor la prestación señala que:

“ARTÍCULO 41o. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. “A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios”

Por su parte, el párrafo 1º del mismo precepto extralegal, dispone que:

«PARAGRAFO 1. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 años si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de (20) años de servicios a la Institución».

Frente a dicha cláusula convencional, al resolver casos de contornos similares al presente, en reiterada jurisprudencia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que la causación del derecho a la pensión se da únicamente con el tiempo de servicios prestados, dado que la edad es simplemente un requisito de exigibilidad, así lo refirió en sentencias CSJ SL289-2018, SL 526 de 2018, SL3197-2018.

En esa línea de pensamiento, se advierte en el presente asunto que el accionante prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 3 de octubre de 1977 hasta el 27 de junio de 1999 esto es, por más de 20 años (fl. 18). Ahora, como quiera que nació el 8 de octubre de 1959, alcanzó la edad de 55 años el mismo día y mes del año 2014 (fl. 17 copia cédula de ciudadanía). En consecuencia, el promotor del juicio tiene derecho al reconocimiento de la prestación convencional implorada.

Así las cosas, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, se concluye que el demandante adquirió el derecho a la pensión en la fecha en que terminó su contrato de trabajo con más de 20 años de servicios, lo cual, se estructuró el 27 de junio de 1999. Por tal motivo, la derogatoria prevista en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, no afecta el derecho, como tampoco lo hizo el Acto Legislativo 01 de 2005, pues si bien el accionante llega a la edad de 55 años el 8 de octubre de 2014, para esta época ya contaba con un derecho adquirido.

(i) De la liquidación de la pensión

Ahora, a folio 38 del expediente fue allegada certificación emitida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que da cuenta de los factores salariales convencionales devengados por el actor durante el último año de servicio. Realizadas las validaciones correspondientes se determina que en aplicación de lo dispuesto en el parágrafo 3º del artículo 41 de la norma convencional, es decir, con la inclusión de los factores fijos y variables certificados, el promedio para calcular la pensión asciende a \$992.180, que al aplicarle la tasa de remplazo del 75% prevista en la convención, arroja como mesada para el año 1999, la suma de \$744.135.

(ii) De la indexación de la primera mesada

Conviene anotar que en el presente caso no se discute que el demandante prestó sus servicios personales a la Caja De Crédito Agrario Industrial y Minero hasta el 27 de junio de 1999 (fl. 18), además que la pensión que se reconoce corresponde al 75% de promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios. Por tal motivo, entre el momento en que se retiró el promotor del juicio y aquel en el que se hizo exigible la prestación – 8 de octubre de 2014 –, transcurrió un periodo de tiempo considerable, en el que la moneda por efectos del paso del tiempo ha perdido valor adquisitivo, por lo que debe indexarse el valor de la primera mesada entre el momento en el que se produjo el retiro de la entidad y el momento en que se hizo exigible la prestación convencional.

Lo anterior, en aplicación a lo señalado por la Sala Laboral de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia SL736-2013, reiterada en SL1144-2020, según la cual todas las pensiones deben ser indexadas, pues la corrección del valor del dinero no es un hecho jurídico sino económico, pues depende de la política monetaria y de las leyes del mercado, las que afectan por igual a todas las pensiones, por lo que su reconocimiento no es más que una consecuencia de la aplicación de los principios de justicia, equidad e igualdad.

En ese orden de ideas, una vez realizadas las operaciones aritméticas correspondientes, se establece que la mesada para el año 2014 asciende a \$1.576.928, esto es, una suma inferior a la determinada por el juzgado de conocimiento, que lo fue de \$1.625.590, por lo que el fallo consultado será modificado en este punto, dado que la consulta se surte en favor de la demandada

Indexación Primera Mesada Pensional						
Año Inicial	Año final	Promedio salario	IPC Inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Salario actualizado
1999	2014	\$ 992.190,00	38,700	82,010	2,119	\$ 2.102.571,11

PRIMERA MESADA PENSIONAL		
Ingreso Base Liquidación		\$ 2.102.571,11
Porcentaje aplicado		75%
Primera mesada		\$ 1.576.928,33
Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2014	\$ 616.000,00

La mesada pensional determinada, deberá ser incrementada año a año con los reajustes legales correspondientes y se pagará en 14 mesadas al año como acertadamente concluyó la primera instancia, pues el derecho no se ve afectado por la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

(iii) De la indexación del retroactivo

Como quiera que el promotor del juicio no está llamado a sufrir las consecuencias negativas de la depreciación del dinero por el paso del tiempo, la demandada deberá cancelar debidamente indexadas las mesadas pensionales, desde que cada una de ellas se hizo exigible hasta que concurra con el pago de la obligación, como dispuso el juzgado.

(iv) De la prescripción

En el asunto bajo examen operó el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que el derecho se hizo exigible el 8 de octubre de 2014 y el demandante reclamó ante la entidad el reconocimiento de la prestación el 4 de junio de 2019 (fls. 19 a 23), esto es, fuera del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y el 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, presentándose la demanda el 12 de julio de 2019 (fl. 27). En consecuencia, las mesadas causadas con anterioridad al 4 de junio de 2016 se encuentran prescritas, como acertadamente concluyó la primera instancia.

(v) Del retroactivo pensional

Dado que el retroactivo pensional continuará causándose, que las mesadas deben ser indexadas y se deben efectuar los descuentos para el sistema de salud y, en todo caso, la entidad tendrá a su cargo únicamente el mayor valor entre la mesada que le pueda reconocer el sistema general de pensiones y la que se otorga en virtud de este proceso, resulta inoficioso establecer un monto de retroactivo pensional, el cual deberá ser determinado por la entidad al momento de ingresar la novedad en la nómina de pensionados, para el efecto se tendrá como mesada pensional para cada año las siguientes:

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada
04/06/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.745.309,00
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.845.664,00
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.921.152,00
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.982.245,00
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.057.570,00
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 2.090.697,00
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 2.208.194,00

(vi) De los descuentos para salud

Conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de 1994, la demandada se encuentra autorizada a efectuar descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud a cargo de la demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado, lo cual se indicará en la parte resolutive de esta providencia (CSJ SL2376-2018).

(vii) Costas

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a la UGPP de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, resultó derrotada, pues se le ordenó reconocer al actor pensión convencional de jubilación. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó a la demandada pagar las costas del proceso.

De conformidad con las anteriores consideraciones, surtido el grado de jurisdicción de consulta en favor de la entidad y atendido los argumentos de apelación, la Sala confirma la decisión analizada.

Sin costas en el grado de jurisdicción y en la apelación ante su no causación.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de agosto de 2021, únicamente en el sentido de indicar que la mesada pensional para el 8 de octubre de 2014, asciende a \$1.576.928.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la decisión analizada en el sentido de indicar que la mesada para 2021 asciende a \$2.090.697.

TERCERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia el cual quedará del siguiente tenor: CONDENAR a la demandada a pagar el retroactivo pensional causado en la forma prevista en la parte motiva, para ello se tendrá como mesada para cada anualidad

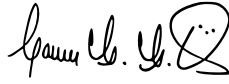
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada
04/06/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.745.309,00
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.845.664,00
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.921.152,00
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.982.245,00
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.057.570,00
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 2.090.697,00
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 2.208.194,00

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

QUINTO: Sin COSTAS en el grado de jurisdicción y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

033 2019 00470 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 033 2019 00666 01.
DEMANDANTE: SANDRA CECILIA AVENDAÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas la AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de junio de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «*nulidad de la afiliación*» y/o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colfondos S.A. adelantado el 26 de mayo de 1994 y de los cambios horizontales posteriores, a Colmena hoy Protección el 2 de noviembre de 1994, a Porvenir el 2 de mayo de 1997 y finalmente el realizado a Horizonte hoy Porvenir el 18 de marzo de 2005. En consecuencia, se condene al fondo a trasladar todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses con los rendimientos que se hubieren causado a Colpensiones. A esta última a aceptar los recursos y registrarla

como afiliada sin solución de continuidad. Se disponga a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus peticiones, narró que nació el 1 de mayo de 1961, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 15 de febrero de 1983 donde cotizó hasta el 30 de diciembre de 1993, también estuvo afiliada a la Caja de Previsión Social de Bogotá desde el 5 de marzo hasta el 30 de agosto de 1990, del 1 de enero de 1991 hasta el 31 de enero de 1992 y desde el 27 de diciembre de 1993 hasta el 30 de junio de 1994 y cotizó 219 semanas. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A. en mayo de 1994 cuando laboraba en la Dirección Seccional de Fiscalías de Cundinamarca. Adujó que el fondo no le brindó información clara, completa y fehaciente acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen, tampoco sobre las implicaciones en su futuro pensional, conforme a sus particularidades personales. Refirió que el promotor de la AFP daba obsequios como pocillos y esferos para promover el fondo, e indicaba que el ISS se liquidaría y perdería sus cotizaciones, entre tanto en el RAIS podría retirar el ahorro e invertirlo en bienes inmuebles. Refirió que sus traslados horizontales se debieron a que los asesores de las AFP siempre la mantuvieron en error. Señaló que a la fecha cuenta un total de 1.475,57 semanas cotizadas. Manifestó que mediante proyección del 2019 Porvenir S.A. le informó que obtendría una mesada de \$828.116, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$2.039.811. Finalmente, que fue negada las reclamaciones para que se declarara la nulidad de los traslados y el retorno a RPM elevada a las demandas (expediente virtual, documento 01, fls. 4 a 25).

La AFP Colfondos S.A rechazó el éxito de las peticiones. Aceptó la data de natalicio de la demandante, la vinculación a la Fiscalía para el momento del traslado, la afiliación a la AFP, la solicitud de traslado y su respuesta. Manifestó no constarle los demás hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, 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 obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del

traslado, compensación y pago, y las demás declarables de oficio. En defensa de sus intereses, sostuvo que cumplió con las formalidades establecidas en la ley para el momento en que se concretó el traslado y la vinculación fue el resultado de una decisión libre y espontánea. (Expediente digital, archivo 03, fls. 3 a 23, subsanación documento 10 fls. 3 a 23)

La AFP Protección S.A rechazó las peticiones. Admitió la data de nacimiento de la actora, la afiliación a esa AFP y la solicitud de retorno al RPM. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos 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»*, traslado de aportes a Porvenir. Expuso que ha actuado de buena fe y en cumplimiento de la ley, por lo tanto, los afiliados se han vinculado de forma libre y voluntaria y han materializado su decisión con la suscripción del formulario (expediente digital, documento 04 fls. 3 a 24).

La AFP Porvenir S.A. al contestar la demanda, se opuso a la prosperidad de las peticiones. Manifestó que los hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las peticiones, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, pues se cumplió con la obligación de brindar información en los términos establecidos en la ley para la fecha del traslado. Además, la demandante persona capaz suscribió el formulario correspondiente y omitió su deber de informarse sobre las consecuencias de su decisión (expediente digital, documento 07, fls. 2 a 29).

Colpensiones rechazó las pretensiones. Admitió la data de nacimiento de la actora, la afiliación al ISS, el número de semanas cotizadas en prima media y la reclamación administrativa con su respuesta. Manifestó que no le constan o no son ciertos los demás

fundamentos fácticos. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la actora realizó aportes a la Caja Nacional de Previsión Social por lo que es inoponible la nulidad frente a terceros de buena fe como lo es Colpensiones. Adujo que la actora no es beneficiaria del régimen de transición y está incurso en prohibición legal en razón de la edad (expediente digital, documento 13, fls. 4 a 46).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 30 de junio de 2022 (expediente digital, documento 25), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por Sandra Cecilia Avendaño identificada con cédula de ciudadanía 51.603.675, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Colfondos S.A. el 26 de mayo de 1994.

SEGUNDO: DECLARAR que Sandra Cecilia Avendaño actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones

TERCERO: ORDENAR a Porvenir, realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de Sandra Cecilia Avendaño, a Colpensiones, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales a que haya lugar.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de Sandra Cecilia Avendaño, al RPM e integrar en su totalidad la historia laboral del demandante.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir elevadas por Protección y demás demandadas, conforme las razones expuestas en la parte emotiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a Colfondos, Protección y Porvenir, el traslado a Colpensiones, de los conceptos derivados de cuotas de administración, de manera proporcional al tiempo que la demandante estuvo vinculada a cada una de ellas.

SÉPTIMO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de Colfondos, Protección, Porvenir, costas para Colpensiones. Se fijan como agencias en derecho la suma de

dos punto cinco (2,5) SMLMV a cargo de Colfondos, uno punto cinco (1,5) SMLMV a cargo de Porvenir, uno punto cinco (1,5) SMLMV a cargo de Protección.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no acreditó haber suministrado a la actora la información necesaria y relevante que le permitiera tomar la decisión de trasladarse con pleno conocimiento de las implicaciones del traslado conforme a sus circunstancias personales.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Porvenir y Colpensiones apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. aspira que se revoque la decisión, al argumentar que es inviable la devolución de las cuotas de administración, pues solo se debe retornar lo que reposa en la cuenta de ahorro individual, toda vez que estas sumas fueron descontadas por mandato legal, compensaron la gestión de la AFP, que ha generado rendimientos que incrementaron el saldo de la cuenta individual. En adición, no financian la pensión de vejez y por tanto susceptibles de prescribir.

Por su parte, Colpensiones imploró revocar la decisión, pues la demandante en ejercicio del derecho de la libre escogencia de régimen pensional se trasladó al RAIS y pudiéndose trasladar una vez cada 5 años contados a partir de la afiliación iniciación y hasta cuando le faltaren 10 años para la edad pensional, no lo hizo y hoy está inmersa en prohibición legal. Señaló que Colpensiones es un tercero de buena fe y no tuvo injerencia alguna en el acto jurídico cuestionado, por lo que no debería asumir las consecuencias de la supuesta falta de información de las AFP. Indicó que con el traslado se afectaría la sostenibilidad financiera al permitir que personas que no han contribuido al régimen de prima media se beneficien de él. Sostuvo que la demandante incumplió con sus deberes y no fue hasta cumplir la edad de pensión que se acercó a las oficinas a preguntar por el RPM. Sostuvo que el monto de la pensión no es un argumento válido para retornar a RPM

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, radicado 31.989 de 2008, CSJ SL 19.447 de 2017 y CSJ L 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia CSJ SL1688 de 2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. También en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, se establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

La actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 15 de febrero de 1983, según reporte generado por Colpensiones (fl. 34 a 36), de conformidad con el certificado de información laboral del 23 de noviembre de 2018, cotizó a Cajanal a través del empleador Fiscalía General de la Nación desde el 27 de diciembre de 1993 hasta el 30 de junio de 1994 (fls documento 01 fl 79), migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos S.A. el 26 de mayo de 1994, mediante la suscripción de formulario de afiliación a folio 19, en el que se puede leer:

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

Posteriormente, se trasladó horizontalmente a ING el 1 de agosto de 1997, a Porvenir el 1 de junio de 2002, a Horizonte el 1 de mayo de 2005 y a partir del 1 de enero de 2014 se vinculó a Porvenir conforme certificado emitido por Asofondos (expediente digital, documento 07, fl. 64).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante relató que para la época del traslado a su lugar de trabajo «*Unidad Seccional de Soacha Cundinamarca*» llegaron promotores de Colfondos ofrecieron los servicios del fondo, pero no le informaron los requisitos que debería acreditar para poder pensionarse, las ventajas o desventajas del cambio. Refirió que ante el temor que desapareciera el ISS se trasladó a Colfondos por desconocimiento y desinformación y sin leer el formulario. Confesó que el monto de la pensión la motiva a trasladarse. En cuanto al traslado horizontal a Porvenir manifestó que las circunstancias fueron similares al primer traslado, por cuanto a su lugar de trabajo llegaron asesores del fondo y en una reunión grupal de 10 minutos indicaron que el ISS estaba en liquidación y que ellos ofrecían una mejor rentabilidad en comparación con las otras AFP.

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

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

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha AFP faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como

reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019).

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

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

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Colfondos S.A. y Protección S.A. de devolver las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia la obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias

utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). En consecuencia, la sentencia será modificada también en este punto.

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

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

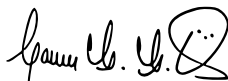
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral sexto de la sentencia analizada que quedará del siguiente tenor: condenar a las AFP Protección S.A. y Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a estos fondos con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



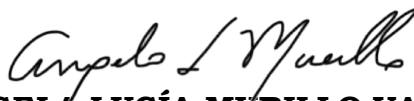
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaro voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 34 2019 00401 01.
DEMANDANTE: JACKELINE
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de enero de 2021. También el grado de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se condene a la demandada a pagarle debidamente indexada indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, junto con los intereses moratorios, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cotizó 525 semanas al Instituto de Seguros Sociales a través de diferentes empleadores del sector privado. Refirió que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció pensión de jubilación mediante Resolución n.º 1570 del 16 de febrero de 2018. La demandada mediante Resolución SUB 298950 del 16 de noviembre de 2018, negó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Inconforme interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación; empero la entidad ratificó su negativa por Actos Administrativos SUB 1568 del 19 de enero de 2019 y DIR 1472 del 7 de febrero de la misma anualidad (fls. 69 a 79).

Colpensiones se opuso a las súplicas. Admitió la afiliación de la demandante al Instituto de Seguros Sociales, el número de semanas cotizadas, el reconocimiento y disfrute de la pensión de jubilación, la reclamación administrativa y las resoluciones mediante las cuales ha negado el reconocimiento de la prestación deprecada. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses argumentó que a la demandante le fue reconocida pensión de jubilación por parte del Magisterio, por ello no es posible otorgarle ninguna prestación en el régimen de prima media, pues de conformidad con el artículo 128 de la Constitución Política no puede percibir más de un ingreso proveniente del erario (fls. 91 a 101)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de enero de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la demandante Jacqueline Prieto Vergara tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a Jacqueline Prieto Vergara, en cuantía de \$12.301.409,82.

TERCERO: CONDENAR a Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a indexar la suma adeudada por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

QUINTO: CONDENAR en costas procesales a Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en la suma de 1 salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, por ser la sentencia totalmente desfavorable a sus intereses.

Básicamente, señaló la pensión que disfruta la demandante y que le fue otorgada por el Magisterio es compatible con la indemnización sustitutiva reclamada, pues tienen su origen en tiempos de servicio diferentes además las cotizaciones realizadas al Instituto de Seguros Sociales no hacen parte del erario y en consecuencia no se incurre en la prohibición prevista en el artículo 128 de la constitución Política.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada arguyó que la prestación otorgada es incompatible con la prestación que el Magisterio reconoció a la actora con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4 de 1992. Sostuvo que la demandante ya disfruta de una pensión y no puede serle reconocida otra prestación cuya fuente es el erario, que busca cubrir la misma contingencia y que de suyo es incompatible, según lo dispone la ley 100 de 1993

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala definir si la accionante tiene derecho a la indemnización sustitutiva correspondiente por tiempos cotizados en el ISS a través de empleadores privados o si es incompatible con la pensión de jubilación que actualmente percibe.

Son hechos probados e indiscutidos, que: *i)* que la demandante es beneficiaria de una pensión vitalicia de jubilación reconocida por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución n.º 1570 del 16 de febrero de 2018, a partir del 7 de mayo de 2017, en cuantía inicial de \$2.738.672 (fl. 68), y *ii)* que solicitó a la demandada el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión vejez, la que fue negada por Colpensiones mediante Resoluciones SUB 298950 del 16 de noviembre de 2018, SUB 15268 del 19 de enero de 2019 y DIR 1472 del 7 de febrero de la misma anualidad (fls. 5 a 27).

El inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispone que el sistema general de seguridad social previsto en dicho precepto no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Por tal motivo, es viable afirmar que pese al reconocimiento de la prestación concedida al actor al amparo del régimen exceptuado del Magisterio con tiempos diferentes en los que hoy se sustenta la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, es posible.

En armonía de lo anterior, el artículo 2º del Decreto 2527 de 2000 que dispone que de conformidad con el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión, debe ser entendido bajo la premisa que esos servicios o cotizaciones deben darse respecto de las entidades del sector público o administradoras que pertenezcan al sistema general de pensiones y no en relación con los regímenes exceptuados, como es el caso del Magisterio Nacional.

En el asunto de marras, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva se solicita con base en las cotizaciones realizadas directamente ante Colpensiones desde el 22 de marzo de 1985 hasta el 29 de noviembre de 1996, dado las vinculaciones con personas jurídicas privadas (Country Club de Bogotá, Colegio el Minuto de Dios, Colegio Eucarístico, Colegio Colombo Hebreo, Corporación Minuto de Dios y Sociedad Educacional Jardín In) que ascienden a 525 semanas de conformidad con el contenido

de las resoluciones emitidas por la entidad (fls 5 a 27), las cuales de conformidad con el contenido de la Resolución n.º 1570 de 16 de febrero de 2018 (fls. 67 y 68), no fueron tenidas en cuenta para reconocer la pensión otorgada por Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud del tiempo de servicios prestados como docente nacionalizado.

En esa perspectiva, al tener la demandante la calidad de docente oficial y estar excluida del sistema integral de seguridad social al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, le era dable prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y obtener una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones educativas privadas y financiar una posible pensión de vejez o en su defecto la indemnización sustitutiva correspondiente en el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones (CSJ SL451-2013, SL 2649-2020).

Conviene precisar que, si bien el artículo 128 de la Constitución Nacional prohíbe percibir doble asignación proveniente del tesoro público, también lo es que ha sido reiterada la jurisprudencia en materia de seguridad social que consagra que tal prohibición está estrechamente relacionada con el ejercicio de empleos en el sector oficial y el pago de prestaciones provenientes de estas ocupaciones, lo cual no sucede en este caso, dado que los dineros recaudados por concepto de las cotizaciones que efectúan el empleador y el trabajador al Instituto de Seguridad Social hoy Colpensiones, o a los Fondos de Pensiones, son aportes parafiscales y no recursos del tesoro público como se colige del literal m) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el cual establece que *"Los recursos del sistema general de pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran"*. Lo anterior, significa que estos rubros no pertenecen a Colpensiones, sino que son simplemente administrados por esta entidad, por tanto, no impide la percepción de la pensión vejez implorada (CSJ SL9730-2014 y la SL5118-2019).

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

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

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

La accionante nació el 1 de octubre de 1961 (fl. 65), es decir que alcanzó 57 años de edad el 1 de octubre de 2018, data en la cual podía solicitar la pensión de vejez, empero como no acreditó la densidad de semanas y no continuó cotizando, en esa fecha causó el derecho a la indemnización sustitutiva que por disposición legal debe contemplar todos los servicios prestados, incluso, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Ahora, realizadas las validaciones correspondientes se determinó que la indemnización sustitutiva a la cual tiene derecho la actora asciende a \$10.518.811, esto es una suma inferior a la determinada por el Juez de conocimiento que lo fue de \$12.301.409. En consecuencia la decisión será modificada como quiera que el grado de consulta se surte en favor de Colpensiones y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1985	285	1,950	96,920	49,703	\$ 27.027,37	\$ 1.343.330,00	\$ 12.761.635,00
1986	365	2,380	96,920	40,723	\$ 33.501,37	\$ 1.364.266,00	\$ 16.598.570,00
1987	365	2,880	96,920	33,653	\$ 39.482,47	\$ 1.328.695,00	\$ 16.165.789,00
1988	228	3,580	96,920	27,073	\$ 41.394,08	\$ 1.120.646,00	\$ 8.516.910,00
1989	243	4,580	96,920	21,162	\$ 40.533,33	\$ 857.749,00	\$ 6.947.767,00
1990	365	5,780	96,920	16,768	\$ 46.721,10	\$ 783.427,00	\$ 9.531.695,00
1991	365	7,650	96,920	12,669	\$ 65.083,56	\$ 824.562,00	\$ 10.032.171,00
1992	287	9,700	96,920	9,992	\$ 77.877,18	\$ 778.129,00	\$ 7.444.101,00
1993	275	12,140	96,920	7,984	\$ 134.307,60	\$ 1.072.248,00	\$ 9.828.940,00
1994	310	14,890	96,920	6,509	\$ 176.572,32	\$ 1.149.321,00	\$ 11.876.317,00

1995	285	18,250	96,920	5,311	\$ 393.789,47	\$ 2.091.292,00	\$ 19.867.274,00
1996	303	21,800	96,920	4,446	\$ 403.970,30	\$ 1.796.000,00	\$ 18.139.600,00
Total días	3676	Total devengado actualizado a				2018	\$ 147.710.769,0
Semanas Cotizadas S.C.	525,14	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 281.277,31
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					7,121%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				2018	\$ 10.518.811,00

Como quiera que la actora no está llamada a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo, la demandada deberá indexar la suma antes señalada desde el 1 de octubre de 2018, cuando se causó la prestación hasta la data en que se verifique su pago.

No se causan costas en el grado de consulta ni en la instancia.

VI. DECISIÓN

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

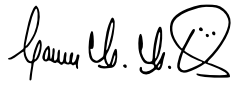
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 27 de enero de 2021 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez debe ser reconocida a la demandante en la suma de \$10.518.811

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia consultada.

TERCERO: Sin costas en el grado de consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MUFILLO VARÓN

Magistrada

Salvo voto

034 2019 00401 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 035 2021 00391 01
DEMANDANTE: GLORIA STELLA CEPEDA ZAMORA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil Veinte (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuesto por las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la AFP Protección S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de mayo de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se *«deje sin valor y efecto o se declare la ineficacia del contrato o formulario de afiliación»* mediante el cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A. y de los traslados horizontales a Davivir, ING y Santander. En consecuencia, ordenar al fondo privado trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, bonos pensionales, frutos, rendimientos e intereses, sin deducción por concepto de gastos de administración, seguros o cualquier otro. Ordenar a la última activar la afiliación sin solución de continuidad y reconocer la pensión de vejez. Asimismo se grave a las demandadas con las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 10 de diciembre de 1964. Cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 7 de junio de 1993 hasta el 30 de noviembre de 1994. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Protección en diciembre de 1994, posteriormente cambió horizontalmente a Davivir entidad que fue absorbida por Santander S.A., luego vendida a ING y finalmente, fusionada con la AFP Protección S.A., donde se encuentra actualmente activa. Refirió que al momento del traslado al RAIS no había permanecido afiliada cinco años en el RPM. Señalo que para la época del traslado funcionarios del fondo privado le aseguraron que era lo más conveniente.

Adujo que no recibió información sobre las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, tampoco sobre los riesgos y consecuencias del traslado. Señaló que no fue informada sobre la posibilidad de retornar al RPM. Refirió que se acercó a las oficinas de Protección a indagar sobre su mesada pensional y recibió una proyección que no corresponde al monto ofrecido por el asesor al momento del traslado, además le informaron que tiene 1.404 semanas cotizadas y un saldo en la cuneta de ahorro individual de \$132'615.355. Finalmente, que presentó reclamación administrativa ante Colpensiones (expediente digital, archivo 01, fls. 1 a 21).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación, periodo de permanencia y cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, el traslado al RAIS a través de la AFP Protección S.A. y la solicitud de retorno a RPM. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por cuanto no cumplía con los

requisitos de edad y tiempo cotizado al 1 de abril de 1994, no hizo uso del derecho de retracto, por tanto, no puede retornar a RPM como quiera que esta incurra en una prohibición legal (expediente digital, archivo 22 fls. 1 a 43).

La AFP Protección S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó el natalicio de la actora, el traslado al RAIS a través de la AFP Protección y el traslado horizontal a Davivir, que actualmente está afiliada a esta AFP, las semanas cotizadas y el saldo existente en la cuenta de ahorro individual. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y las demás declarables de oficio. En su defensa, expuso que todas las actuaciones del fondo están precedidas de buena fe y legalidad. Expuso que la afiliación al fondo fue libre y voluntaria y se materializó con la suscripción del formulario, tal como disponía la ley para la época (expediente digital archivo 27, fls. 1 al 37).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de mayo de 2022 a archivo 33, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por Gloria Stella Cepeda Zamora, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección S.A., y en consecuencia se ordena a dicho fondo, traslade Colpensiones, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos según la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Protección S.A a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración, según el tiempo que permaneció afiliada a ese fondo, como se dijo en la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a afiliar nuevamente a Gloria Stella Cepeda Zamora al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías Protección S.A.

CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada AFP Protección S.A, señalamos como agencias en derecho \$1.000.000, que incluye en la liquidación de costas, sin costas para Colpensiones.

QUINTO: En caso no apelarse la decisión se remite al Tribunal Superior, Sala Laboral para que se estudie en consulta.

SEXTO: Se niega la solicitud de pensión reclamada por la parte demandante en los términos indicados en la parte motiva de la presente decisión

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que brindó a la demandante al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera tomar una decisión consciente.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme las demandadas Protección S.A. y Colpensiones apelaron lo resuelto.

Colpensiones imploró revocar la decisión, al argumentar que el deber de información está a cargo de las AFP y no se dio aplicación al artículo 271 de la ley 100 de 1993, para la declaratoria de ineficacia. Aseguró que Colpensiones fue ajena al acto de afiliación de la demandante y el deber de información que debió brindar la AFP, además debe tenerse en cuenta la profesión de la demandante, pues ella conocía el sistema general de pensiones y decidió permanecer vinculada. Señaló que la declaratoria de ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad del sistema general de pensiones dado que la entidad tendría que reconocer prestaciones a quien no ha contribuido al fondo común. Solicitó autorización para obtener por vías judiciales el valor de los perjuicios causados, además ordenar a la AFP Porvenir no descontar conceptos por seguros previsionales. Finalmente, rechazó la condena en costas.

La AFP Protección S.A. imploró revocar la sentencia por cuanto no es procedente trasladar a Colpensiones los gastos de administración y primas de seguro previsionales, pues estas sumas también habrían sido descontadas en prima media. Puso de presente que en todo caso fueron descontadas por mandato legal y cumplieron unas finalidades específicas como lo son la contraprestación a la gestión de administración que produjo rendimientos y el mantener cubierta a la actora para los riesgos de invalidez y muerte. Precisó que al trasladar estos valores se estaría

generando un enriquecimiento injusto por parte de Colpensiones quien recibiría dineros no destinados a financiar la pensión de vejez.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, la promotora del juicio se afilió al ISS el 7 de junio de 1993 (expediente digital, archivo 25 fls. 1 a 4), migró al RAIS, administrado por Protección S.A. el 1 de diciembre de 1994, posteriormente se trasladó a ING el 1 de diciembre de 1995 y a partir del 31 de diciembre de 2012 y en adelante a Protección S.A. (expediente digital, archivo 27 fl. 49).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que en 1994 llegaron a su lugar de trabajo los asesores de todos los fondos privados a solicitar que ella y sus compañeros de trabajo se trasladaran al RAIS. Señaló que preguntó al asesor si había alguna diferencia entre la AFP y Colpensiones y le aseguró que eran *iguales* y que en el fondo privado podía acceder al derecho pensional más rápido, convencida de esto firmó el formulario de afiliación que ya estaba diligenciado. Admitió que para cuando cambió de régimen era auxiliar administrativa de una empresa de su familia, pero explicó que para ese momento no conocía los requisitos para acceder a la pensión en ninguno de los dos regímenes. Admitió que su motivación para retornar a Colpensiones es el monto de la pensión.

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

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

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

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

frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le

ordenó, recibir e imputar a la historia laboral de la demandante los aportes provenientes de la AFP. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó Colpensiones a pagar las costas del proceso.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

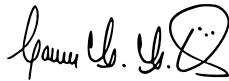
PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la decisión analizada el cual quedará del siguiente tenor: CONDENAR a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



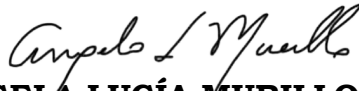
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaro voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 05 2021 00250 01
DEMANDANTE: MARTHA CECILIA MOLINA GÓMEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuestos por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de mayo de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la *«nulidad e ineficacia de la continuidad en la vinculación de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A. y válidamente afiliada a Colpensiones. En consecuencia, ordenar a la AFP devolver a la última todos los saldos con los rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados. En consecuencia, se condene a Colpensiones a recibir los valores. Finalmente, se disponga a Protección pagar las costas procesales.*

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 7 de enero de 1965. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A. el 23 de febrero de 1995. La asesora del

fondo le manifestó que el ISS desaparecería, entre tanto, en el RAIS se podría pensionar a cualquier edad y en mejores condiciones económicas. Adujo que no le informaron de manera oportuna, veraz y honesta sobre las ventajas y desventajas de cada régimen, tampoco le realizaron proyección pensional, ni le informaron que podía trasladarse antes de cumplir 47 años. Adujo que la AFP le informó que a los 57 años no tendría derecho a pensión y de querer hacerlo debía cotizar hasta los 60 años, para obtener la garantía de pensión mínima. Refirió que las demandadas le negaron la petición de traslado y la AFP le informó el 29 de marzo de 2021 que estuvo incurso en conflicto de multivinculación, que fue resuelto en favor del fondo privado (expediente digital, archivo 02 fls. 1 a 15).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de 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, *improcedencia de la declaratoria de la ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS*, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y las demás declarables de oficio. En su defensa, argumentó que la demandante gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen pensional, por ello debe demostrar que se configuró algún vicio del consentimiento o la falta al deber de información, pues su retorno a RPM no es posible debido a que dicho traslado pone en riesgo la estabilidad financiera del sistema pensional (expediente digital, archivo 04 fls. 2 a 30).

La AFP Protección S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó el natalicio de la actora, que estuvo afiliada a los dos regímenes pensionales, la afiliación al fondo privado, la solicitud de traslado y la respuesta negativa. Manifestó que no son ciertos o no le constan los restantes hechos. Propuso

las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, *«reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»* y las demás declarables de oficio. Expuso que la afiliación al fondo se hizo de forma libre y voluntaria y se materializó con la suscripción del formulario, tal como disponía la ley para la época, razón suficiente para no exigir requisitos adicionales incorporados posteriormente al ordenamiento. Argumentó que la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia. Señaló que la demandante no cumplió con las obligaciones que como consumidor financiero a su cargo (expediente digital, archivo 06 fls. 3 a 23).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de mayo de 2022 (expediente digital, archivo 16), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora Martha Cecilia Molina Gómez a través de Protección S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a Protección S.A. a que traslade a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses y a Colpensiones recibir los aportes de la demandante debiendo actualizar su historia laboral.

TERCERO: COSTAS a cargo únicamente de Protección S.A. inclúyase como agencias en derecho la suma de 4 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes.

CUARTO: en caso de que no fuere apelado consúltese en favor de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que Protección no demostró que cumplió con el deber de información en los términos señalados por la jurisprudencia. Consideró que si bien se allega el formulario de afiliación con este documento no se demuestra que se brindó la información necesaria a la demandante al momento del traslado sobre las características, condiciones, ventajas y desventajas de uno u otro régimen, ya que a lo sumo demuestra un consentimiento, pero no informado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones apeló lo resuelto.

Colpensiones imploró revocar la decisión, pues no tuvo injerencia en la decisión tomada por la demandante al momento del traslado de régimen, por tanto no pueden serle trasladadas las consecuencias negativas Alegó que debe tenerse en cuenta que la información otorgada por la AFP a la accionante fue clara y completa, de igual forma que no resulta congruente que los afiliados puedan retornar en cualquier tiempo a RPM pues las persona que adquirieron su derecho pensional allí, se pueden ver afectados.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de historia laboral expedido por Protección, la promotora del juicio se afilió al ISS el 12 de febrero de 1991 (expediente digital archivo 06 fl. 32 a 43 y carpeta expediente administrativo), migró al RAIS, administrado por Protección S.A. el 23 de febrero de 1995, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital archivo 02 fl. 50), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LO HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para la época del traslado trabajaba en *Centracafi* donde coordinaba actividades de campo con los Técnicos del Comité de Cafeteros, una tarde los técnicos se encontraban en una reunión con una asesora de Protección, quien le explicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que al trasladarse de régimen, se podría pensionar más rápido con un monto mayor. Admitió que suscribió el formulario libremente y que a pesar de recibir los extractos, lo único que observaba era que la empresa hiciera los aportes.

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

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

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

Importa reiterar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta

declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de mayo de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo

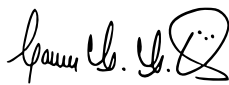
de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: CONFIRMAR las demás declarativas y condenatorias por el a quo.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



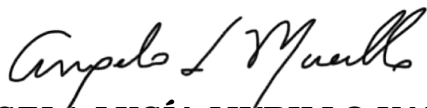
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada Aclaro voto

Radicación n.º 110013105 05 2021 00250 01.

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 07 2017 00188 01.
DEMANDANTE: MIGUEL ÁNGEL ESCOBAR CUELLAR Y MANUEL FELIPE BAHAMÓN (proceso acumulado)
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y HALLIBURTON LATÍN AMÉRICA SRL SUCURSAL COLOMBIA.

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación que interpusieron las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de noviembre de 2019 y el 23 de junio de 2021 (reconstrucción parcial). También el grado de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante **Miguel Ángel Escobar Cuellar** pretende que se condene a Halliburton Latin América SRL Sucursal Colombia a pagar en favor de Colpensiones el *título pensional – reserva actuarial*, por los servicios que le prestó desde el 11 de junio de 1984 hasta el 20 de enero de 1987. A la última a actualizar la historia laboral con la inclusión de los tiempos antes indicados. Asimismo, a las demandadas a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 17 de junio de 1958, prestó servicios a Halliburton Latin América SRL Sucursal Colombia desde el 11 de junio de 1984 hasta el 13 de junio de 1993, la empleadora lo afilió y pagó aportes a pensión solamente a partir de enero de 1987.

Refirió que interpuso acción de tutela para obtener el pago del cálculo actuarial, no obstante el amparo fue negado (fls. 2 a 11).

Halliburton Latín América SRL Sucursal Colombia rechazó el éxito de las pretensiones. Admitió la existencia del contrato de trabajo, la interposición de la acción de tutela y los fallos emitidos. Formuló las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, prescripción, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, buena fe, pago y compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que para el momento en que el accionante le prestó servicios las empresas del sector petrolero estaban excluidas de la obligación de pagar aportes con destino a la cobertura de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, por tanto, no podía afiliarlo al ISS (fls. 116 a 154).

Colpensiones se opuso a las súplicas. Admitió la data del natalicio del accionante y la fecha de afiliación al Instituto de Seguros Sociales. Manifestó que los demás hechos no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses argumentó que ha actuado de buena fe (fls. 166 a 42).

Por auto del 10 de julio de 2018 (fls 243 y 244), el Juzgado de oficio, decretó la acumulación del proceso 110013105 07 2017 00258 01, en el que el accionante **Manuel Felipe Bahamón** pretende que se condene a Colpensiones a liquidar el cálculo actuarial correspondiente a los aportes dejados de efectuar por Halliburton Latín América SRL Sucursal Colombia desde el 1 de julio de 1967 hasta el 1 de enero de 1994, periodo en que le prestó servicios. A la última a «*expedir con destino a Colpensiones bono pensional con base en el cálculo actuarial.*» A Colpensiones a reconocerle y pagarle debidamente indexada pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso.

En sustento de sus pedimentos expuso que nació el 4 de marzo de 1942, prestó servicios en diferentes cargos a Geophysical Service Incorporated hoy Halliburton Latín América SRL Sucursal Colombia a través de contratos por obra desde el 11 de julio de 1967 hasta el 10 de septiembre de 1993, esto es, por 19 años, 5 meses y 11 días o 1000.14 semanas. También estuvo vinculado con HGS Incorporated hoy Halliburton Latín América SRL Sucursal Colombia que realizó cotizaciones a Colpensiones del 11 al 31 de diciembre de 1992 y desde el 2 de marzo de 1993 hasta el 1 de enero de 1994. Sostuvo que en vigencia de la relación laboral, la Ley 100 de 1993, dispuso la afiliación obligatoria en pensiones a partir del 1 de octubre de 1993, para las empresas petroleras.

Adujo que mediante comunicación del 28 de febrero de 1994, la administradora de personal jubilado de Halliburton, certificó que estaba incluido como ex trabajador con derecho a pensión por cumplir 60 años y tener una antigüedad superior a 15 años y menos de 20. Señaló que a lo largo de su vida laboral acredita 1.322.14 semanas, de las cuales 364.14 fueron cotizadas a Colpensiones. En consecuencia, reúne los requisitos para pensionarse al amparo del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 y también de conformidad con la Ley 33 de 1985 (fls 2 a 21).

Halliburton Latín América SRL Sucursal Colombia rechazó el éxito de las pretensiones. Admitió únicamente que a partir del 1 de octubre de 1993, surgió para las empresas petroleras la obligación de afiliar a sus trabajadores a seguridad social en pensiones y realizar cotizaciones. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, prescripción, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, buena fe, abuso del derecho y mala fe, falta de título y causa en el demandante, falta de legitimación en la causa, pago y compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que el actor nunca le prestó servicios, jamás estuvo vinculado mediante contrato de trabajo ya que GSI, HGS INCORPORATED y HLS International S.A, son terceros ajenos según se puede verificar en el certificado de existencia y representación. Indicó

que desconoce el contenido de la certificación aportada con la demanda (fls. 72 a 103).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la data del natalicio del accionante y el número de semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales. Manifestó que los demás hechos no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses argumentó el demandante es beneficiario del régimen de transición en razón de la edad, empero no acredita 1000 semanas cotizadas con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por tanto, mediante Resolución n.º 4950 de 2005, reconoció indemnización sustitutiva (fls. 131 a 139).

Importa destacar que el demandante Manuel Felipe Bahamón Falleció el 11 de septiembre de 2017, hecho que fue puesto en conocimiento del Juzgado el 15 de noviembre de 2017 (fls.154 y 155). Por auto del 7 de diciembre de 2017 se dispuso reconocer y tener como sucesores procesales a su compañera Leonor María Castañeda y a sus hijos Jhoan Manuel y Maribel Bahamón Castañeda (fl.165)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 6 de noviembre de 2019 - 23 de junio de 2021 (reconstrucción parcial), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a Colpensiones y Halliburton Latín América SRL Sucursal Colombia de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **Miguel Ángel Escobar Cuellar**, dentro del proceso acumulado ordinario de primera instancia 2017-00188 conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR que entre Halliburton Latín América SRL Sucursal Colombia y el señor demandante **Manuel Felipe Bahamón** existió un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo vigencia entre el 11 de julio del 1967 hasta el 15 de noviembre de 1993.

TERCERO: DECLARAR que Halliburton Latin América SRL Sucursal Colombia está obligada a pagar los aportes laborados por el demandante o los aportes pensionales de los periodos laborados por el demandante señor Manuel Felipe Bahamón desde el 11 de julio del 1967 al 10 de diciembre del 1992 y no cotizados al sistema de seguridad social en pensiones, de acuerdo con el cálculo actuarial hecho por Colpensiones folio 373 a 375, cálculo que al 30 de julio del 201 ascendía \$490.713.304, por cuanto Colpensiones deberá hacer el cálculo actuarial debidamente actualizado a la fecha en que HALLIBURTON realice el pago.

CUARTO: Se ORDENA a Colpensiones a recibir el valor del cálculo que deberá pagar la empresa empleadora Halliburton Latin América SRL Sucursal Colombia debidamente actualizado a la fecha del pago y debe tener como cotizados por parte del demandante señor Manuel Felipe Bahamón hoy fallecido los periodos comprendidos entre el 11 de julio del 1967 al 10 de diciembre del 1992.

QUINTO: DECLARAR que el señor Manuel Felipe Bahamón cumple con las condiciones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año para acceder a la pensión de vejez a partir del 4 de marzo del 2002, teniendo como primera mesada pensional la suma de \$804.150.

SEXTO: Se DECLARA parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con Anterioridad al 10 de mayo del 2014.

SÉPTIMO: Se CONDENA a Colpensiones a reconocer y pagar a favor de los sucesores procesales del señor demandante Manuel Felipe Bahamón hoy fallecido, el retroactivo de las mesadas pensionales causadas entre el 10 de mayo del 2014 y el 11 de septiembre del 2017, fecha de fallecimiento del señor demandante y que equivale a la suma de \$50.945.242, sumas debidamente indexadas y el retroactivo mencionado debe incorporarse a la masa sucesoral del señor Manuel Felipe Bahamón y de ese monto debe descontarse el pago realizado por el reconocimiento de la indemnización sustitutiva realizado en la resolución 004950 del 29 de febrero de 2005 por valor de \$3.380.914, e igualmente los descuentos por aportes a salud a favor de la EPS donde se encontraba afiliado el demandante fallecido.

OCTAVO: se ABSUELVE a Colpensiones de las restante pretensiones incoadas en su contra por el señor demandante Manuel Felipe Bahamón

NOVENO: se DECLARAN no probadas las excepciones propuestas por la empresa Halliburton Latin América SRL Sucursal Colombia y Colpensiones dentro del proceso radicado 2018-00258 y probadas las excepciones propuestas en el proceso 2017-00188 dadas las resultas del proceso.

DÉCIMO: Se CONDENA en costas a la empresa Halliburton Latin América SRL Sucursal Colombia y a Colpensiones y a favor de los sucesores procesales del señor Manuel Felipe Bahamon. Las agencias en derecho se tasan en 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago a cargo de cada uno de los demandados. Se condena en costas al demandante Miguel Ángel Cuellar y a favor de la empresa Halliburton Latin América SRL Sucursal Colombia y Colpensiones. Las agencias en derecho se tasan como agencias en derecho \$300.000 a favor de cada una de las demandadas.

DÉCIMO PRIMERO: ORDÉNESE la consulta de esta sentencia a favor de Colpensiones como entidad garantizada por la Nación y así se revise la legalidad de lo decidido. Igualmente, se remite en consulta a del señor demandante a quien no le fueron prosperas las pretensiones de la demanda, el señor Miguel Ángel Escobar Cuellar, para que igualmente conforme al artículo 69 al no haber sido prósperas las pretensiones de la demanda, se estudie en segunda instancia por vía de consulta la legalidad de la decisión que se acaba de proferir.

Básicamente, señaló respecto del demandante **Miguel Ángel Escobar Cuellar** que si bien la demandada estaba llamada a realizar el

aprovisionamiento, no puede ser condenada a pagar cálculo actuarial, como quiera que el actor no reúne los requisitos para acceder a la pensión de vejez y dicho título no puede ser girado para financiar una indemnización sustitutiva.

En cuanto a **Manuel Felipe Bahamón** determinó que pese a que la demandada lo niega, las empresas petroleras a las que prestó servicio, se transformaron o fusionaron con otras y pasaron a ser hoy en día Halliburton Latín América SRL Sucursal Colombia, por tanto está llamada a pagar el cálculo actuarial. De otro lado, encontró probado que el demandante (hoy fallecido) fue beneficiario del régimen de transición y acreditó los requisitos para acceder a la pensión al amparo del Decreto 758 de 1990, por lo que ordenó su reconocimiento y el pago del retroactivo correspondiente a sus herederos.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante de Miguel Ángel Escobar Cuellar apeló lo resuelto. También las demandadas Halliburton Latín América SRL Sucursal Colombia y Colpensiones apelaron lo decidido en relación con el demandante Manuel Felipe Bahamón.

Miguel Ángel Escobar Cuellar imploró revocar la sentencia al argumentar que la demandada debe ser condenada a pagar cálculo actuarial con el cual le sea reconocida la indemnización sustitutiva, pues el reconocimiento de dicho título no tiene como objeto exclusivo financiar la pensión de vejez.

Halliburton Latín América SRL Sucursal Colombia argumentó que el demandante **Manuel Felipe Bahamón** nunca le prestó servicios y tal circunstancia no puede extraerse de las certificaciones emitidas por un ex funcionario de la compañía que fueron desconocidas por la empresa, pues no concuerdan con la realidad fáctica. Arguyó que el Juzgado estableció el vínculo laboral con Geophysical Service Incorporated para 1967, anualidad en la que ni siquiera existía Halliburton Latín América SRL Sucursal Colombia, como puede verificarse con el certificado de existencia y

representación, en el que se evidencia que surgió en 1977 con la sociedad Go International.

Refirió que los certificados aportados por el demandante corresponden a tiempos laborados con terceros ajenos Halliburton como «GSI y HGS» con quienes nunca se configuró absorción o fusión. Manifestó que junto con la demanda fue aportado el certificado de existencia y representación de Halliburton Company, sociedad distinta a la accionada y que ya desapareció de la vida jurídica.

Fue enfático, e insistió en señalar que al no haberse demostrado la relación laboral con el actor, debe ser absuelta de las pretensiones de la demanda, pues no es la legitimada responder por tiempos de servicio prestados a empresas con las que no tiene relación alguna. Señaló que de mantenerse la decisión no hay lugar a liquidar cálculo actuarial, sino aportes en mora. Finalmente petitionó se revoque la condena en costas.

Colpensiones a su turno argumentó que no es procedente reconocer pensión de vejez, pues el demandante no demostró ser beneficiario del régimen de transición, dado que no acredita el número de semanas exigidas para tal fin y en consecuencia, no es dable ordenar el pago de retroactivo ni costas procesales.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la

Seguridad Social para determinar si la demandada Halliburton Latín América SRL Sucursal Colombia está obligada a cancelar en favor de los demandantes Miguel Ángel Escobar Cuellar y Manuel Felipe Bahamón, cálculo actuarial por el periodo en que le prestaron servicios y no hubo afiliación al Instituto de Seguros Sociales. También determinar en grado de consulta si el último de los promotores del juicio causó el derecho a la pensión de vejez al amparo del Decreto 758 de 1990.

1. Del cálculo actuarial y sus efectos

Conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se advierte que las normas llamadas a definir los efectos de la *«falta de afiliación»*, en perspectiva de la consolidación del derecho, *«son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada, teniendo en cuenta que el legislador ha expedido disposiciones tendientes a solucionar esas eventualidades y a impedir que se lesione la configuración plena de los derechos pensionales de los afiliados»* (CSJ SL14388-2015).

Igualmente, tiene adocinado la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria laboral que el empleador que no afilie a su trabajador al sistema de seguridad social, incluso debido a la falta de cobertura del ISS, debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores, máxime cuando se trata de periodos en que aquellas estaban a su cargo, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez. Así lo indicó en sentencia CSJ SL9856-2014, reiterada en CSJ SL173002014, CSJ SL14388-2015, CSJ SL10122-2017, CSJ SL15511-2017, CSJ SL068-2018, CSJ SL1356-2019 y CSJ SL1342-2019, en la cual se puntualizó:

Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese periodo -en el que aquel tuvo tal responsabilidad-, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a

otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS».

En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.

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 periodos 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 (CSJ SL5109-2019).

Lo anterior, 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 realmente laborados y que, como tales, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales. Por lo anterior, cuando no fue posible la afiliación, lo pertinente es que el empleador pague el título pensional para que se integre el capital que se requiere para el otorgamiento de la pensión de vejez (CSJ SL17300-2014, reiterada en CSJ SL5535-2018).

Conviene resaltar que el cálculo actuarial *«es un mecanismo de financiación de las pensiones ideado por la Ley 100 de 1993, para prestaciones causadas durante su vigencia (CSJ SL14388-2015) sin importar si los tiempos a convalidar se prestaron antes o después de su expedición»* (CSJ SL5539-2019). Por tal motivo, las entidades de seguridad social a efectos de reconocer pensiones, incluso en aplicación del régimen de transición, pueden tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado (CSJ SL9856-2014 y CSJ SL068-2018).

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que para que opere la convalidación de tiempos servidos en los términos del literal c)

del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no es necesario que el contrato de trabajo esté vigente a la entrada en vigor de la norma en comento, toda vez que dicho aparte es contrario a los postulados de la seguridad social y, por ello, lo ha inaplicado, entre otras, en las sentencias CSJ SL 42398, 20 mar. 2013, CSJ SL646-2013, CSJ SL2138-2016, CSJ SL15511-2017 y CSJ SL3937-2018.

En resumen, las reglas y subreglas que emergen de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se sintetizan en que: la manera de concretar ese gravamen, en casos en los que el trabajador *(i)* 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)* en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, deben estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, y *(iii)* la manera de concretar ese gravamen, en casos en los que el trabajador no alcanzó a estructurar los requisitos para obtener una pensión a cargo del empleador o a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez que otorga el sistema, 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.

Al amparo de las anteriores reflexiones el simple trabajo humano, desplegado en favor de un empleador, debe tener efectos pensionales. No puede, en consecuencia, y así sea por razones ajenas al empresario, desecharse tales tiempos, pues, se insiste, son un derecho ligado a la prestación del servicio, de índole irrenunciable. En ese horizonte se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia, al definir que *«la cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en el sector público o privado»* (SL 33476, 30 sep. 2008).

En otro punto, es preciso indicar atendiendo uno de los argumentos de apelación de Halliburton Latín América SRL Sucursal Colombia que los efectos de la mora en el pago de los aportes son diferentes a los de la falta de afiliación al sistema de pensiones, dado que dichos fenómenos tienen causas distintas. En el primer evento, como se dijo, las administradoras

tienen la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, mientras que, en la segunda hipótesis, la entidad de seguridad social debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el traslado de un cálculo actuarial o título pensional a cargo del empleador.

Bajo estos derroteros pasa la Sala a analizar en concreto argumentos de apelación a la luz de los elementos fácticos en que cada demandante fundó sus pretensiones.

Miguel Ángel Escobar Cuellar. Proceso 07 2017 00188 01.

Es verdad probada que el demandante Miguel Ángel Escobar Cuellar, prestó servicios a Halliburton Latin América SRL Sucursal Colombia, como Ingeniero de obra Master desde el 11 de junio de 1984 hasta el 13 de junio de 1993, mediante contrato de trabajo a término indefinido, pues así lo certificó la empresa (fl. 229) y lo admitió al contestar el libelo introductorio. También está demostrado que la empleadora no realizó el pago de aportes desde el 11 de junio de 1984 hasta el 20 de enero de 1987.

Ahora, para el caso bajo análisis aunque el demandante no cumpla los requisitos para acceder a la pensión de vejez sino a la indemnización sustitutiva de esta, ello no es óbice para absolver a la demandada de pagar el cálculo pretendido, pues a esta prestación tenían derecho los afiliados incluso antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en la cual en todo caso se dispone que todos los tiempos de servicio deben tenerse en cuenta para pagar las prestaciones en ella previstas. Así lo adoctrinó la Sala Laboral de la Corte suprema de Justicia en sentencia CSJ SL 3694 de 2021 al indicar:

Así, la jurisprudencia vigente de la Sala ha señalado que la solución jurídica efectiva para validar los tiempos prestados por los trabajadores antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, ya sea por omisión de afiliación por parte del empleador o porque no había cobertura del ISS o cualquier otro ente de previsión, es con el pago del correspondiente cálculo actuarial y para ello es necesario que la persona trabajadora esté afiliada o se afilie a un ente de previsión o de seguridad social, como en este caso, pues tal cálculo debe trasladarse a satisfacción de estas entidades (CSJ SL4334-2019, CSJ SL197-2019, CSJ SL1356-2019, CSJ SL1140-2020, CSJ SL2584-2020 y CSJ SL2879-2020).

Igualmente, es oportuno destacar que la indemnización sustitutiva es un derecho de carácter pensional que se reconoce en reemplazo de la prestación de vejez, a fin de permitirle a los afiliados del régimen de prima media con prestación definida que (i) tienen la edad para obtener la pensión de vejez, (ii) no aportaron el mínimo de semanas exigidas y (iii) declararon su imposibilidad de continuar cotizando, reclamar los aportes realizados en toda su vida laboral (CSJ SL4559-2019 y SL4698-2020).

Y no puede olvidarse que los trabajadores afiliados al ISS, incluso antes de la Ley 100 de 1993, tenían la posibilidad de acceder a una indemnización sustitutiva a cargo de esa entidad de seguridad social por las cotizaciones realizadas y de conformidad con las condiciones establecidas en sus reglamentos (artículos 7 y 13 del Decreto 3041 de 1966, 9 y 14 del Decreto 758 de 1990, según el caso).

Esta prerrogativa se mantuvo con la expedición de la Ley 100 de 1993 a través de su artículo 37, solo que con un criterio universal e integral, pues en armonía con el literal f) del artículo 13 *ibidem*, a partir de la entrada en vigencia de esta norma debe tenerse en cuenta *«para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, (...) la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio»* (resalta la Sala).

Ahora bien de conformidad con el artículo 2.º del Decreto 1730 de 2001, *«cada Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la que haya cotizado el trabajador»*, tiene la obligación de reconocer la indemnización sustitutiva. En el *sub lite* este deber está en cabeza de Colpensiones, administradora a la cual está vinculado el actor desde el 28 de marzo de 1981 (fl. 13).

Bajo este panorama, la demandada Halliburton, debe pagar a satisfacción de Colpensiones cálculo actuarial correspondiente al periodo comprendido entre el 11 de junio de 1984 hasta el 20 de enero de 1987 y esta debe proceder a actualizar la historia laboral, tal como fue solicitado en la demanda. En consecuencia, la sentencia de primera instancia será revocada para imponer la condena anunciada. A efectos de actualizar la historia laboral, además se ordenará a Halliburton Latín América SRL Sucursal Colombia remitir a Colpensiones el reporte de los salarios devengados por el demandante mes a mes, en el interregno señalado.

Importa destacar que Miguel Ángel Escobar Cuellar alcanzó los 62 años el 17 de junio de 2020 (fl. 12), esto es en vigencia de la Ley 100 de 1993 y por tanto a la data de esta providencia tendría derecho al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; empero, en la demanda no fue solicitada esta prestación, tan solo se pretende que

Colpensiones actualice la historia laboral, lo que resulta lógico, pues para la fecha de presentación de la demanda 4 de abril de 2017 (fl 40), el actor apenas contaba con 58 años de edad.

Bajo este entendido como no fue solicitado el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, tampoco se controvertió el derecho en primera instancia, razones que impiden al Tribunal pronunciarse, en atención a que las facultades *ultra* y *extra petita* previstas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, son exclusivas del juez municipal de pequeñas causas y del juez laboral del circuito, quienes tramitan procesos de única y primera instancia, y no respecto del juez de segunda instancia, quien no puede entrar a conceder más allá de lo pedido, pues recuérdese que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda y además no se puede sorprender a la parte demandada con decisiones que no hayan sido rebatidas en juicio, so pena de vulnerar el derecho de defensa y al debido proceso constitucionalmente protegido en el art. 29 de la Constitución Nacional.

Manuel Francisco Bahamón. Proceso 07 2017 00258 01.

Para abordar el estudio, se recuerda que la demandada Halliburton Latín América SRL Sucursal Colombia argumenta que no está llamada a responder por un cálculo actuarial que comprende periodos de servicios prestados a terceros con los cuales no tiene relación como puede verificarse en los distintos certificados de existencia y representación. Alega que el despacho incurrió en error por la similitud de nombres, pero que nada tiene que ver con Geophysical Service Incorporated o con Halliburton HGS Incorporated. En adición, señaló que los certificados laborales emitidos por uno de sus funcionarios no se acompasan con la realidad, por tanto, ignora los motivos por los cuales fueron suscritos y se ratifica en el desconocimiento al emitido el 25 de noviembre de 2005.

La Sala en primer término se ocupará de verificar si existe relación alguna entre las empleadoras y la demandada, para el efecto, se remite a los distintos certificados de existencia y representación.

Relación entre Geophysical Service Incorporated, HLS International S. A. y Halliburton Latín América S.R.L. Sucursal Colombia

Pues bien, el certificado de existencia y representación de HGS Incorporated (fl. 273) deja ver que, mediante Escritura Pública n.º 2464 del 14 de mayo de 1955, se protocolizó la fundación de la sociedad Geophysical Service Incorporated. Además, que por Escritura Pública n.º 3287 del 26 de octubre de 1993, se dio la fusión de las casas matrices HGS Incorporated y Halliburton Company, quedando vigente esta última. Así que la nueva casa matriz de la sucursal en Colombia de Halliburton Company es Halliburton Company Panamá INC.

De otra parte, del certificado de existencia y representación de Halliburton Latín América S. A. (fl. 270 a 272), se extrae que: por Escritura Pública n.º 254 del 11 de marzo de 1977, se protocolizó la fundación de la sociedad GO International South América. Por Escritura Pública 1070 del 21 de julio de 1977, se aclaró que el nombre en inglés de la casa matriz era GO International and South América S. A. y en español GO Internacional Sur América S. A. Por Escritura Pública n.º 3826 de 7 de noviembre de 1989, dicha casa matriz cambió de nombre a Halliburton Logging Services (HLS) International S.A., modificado luego por el de HLS International S. A., *«modificando como consecuencia la denominación de la sucursal en Colombia por la de HLS Internacional S. A.»*. Por Escritura Pública n.º 38000 del 10 de diciembre de 1993, se protocolizó la fusión de las casas matrices Halliburton Company Panamá INC y HLS International S. A., siendo la absorbente esta última. Por Escritura Pública 1515 del 7 de junio de 1994, la casa matriz HLS International S.A. y, en consecuencia, la sucursal en Colombia cambió su nombre al de Halliburton Latín América S. A.

Ahora, del contenido del certificado de existencia y representación de Halliburton Latín América S.R.L., visible a folios 104 a 114, se extrae que por Escritura Pública 3523 del 7 de octubre de 2010, la casa matriz Halliburton Latín América S. A. modificó su nombre por el de Halliburton Latín América S. A. LLC, mientras que a la misma denominación arribó la

sucursal mediante Escritura Pública 6357 de 16 de diciembre de 2011. A través de Escritura Pública n.º1732 del 9 de junio de 2014, se cambió el nombre de la sucursal Halliburton Latín América S. A. LLC al de Halliburton Latín América S.R.L. Sucursal Colombia.

A la luz de los actos societarios que ha tenido la demandada la Sala procede a verificar los demás medios de convicción allegados al proceso

Pues bien, el demandante aportó comunicación del 28 de febrero de 1994 con logo de HLS International S.A., en la que se indica que su verdadero tiempo de servicio asciende a 6.944 días (19 años, 104 días) discontinuos por contratos por obra o labor, además que está incluido *«como extrabajador con derecho a pensión al cumplir los 60 años, por cuanto su antigüedad es superior a 15 años y menos de 20 (fl. 32).*

Igualmente, trajo al proceso certificado expedido por «HALLIBURTON», adiado del 25 de noviembre de 2005 (fls 23 a 26), suscrito por Julian A. Cacua B en el que indica que el demandante *«laboró con Geophysical Service Incorporated (GSI) hoy Halliburton Latín América S.A. mediante contratos de trabajo por obra o labor determinada»* en los siguientes periodos:

Desde	Hasta	Cargo
11/07/1967	27/08/1967	Obrero recorders
28/08/1967	17/09/1967	Obrero recorders
18/09/1967	15/10/1967	Obrero recorders
16/10/1967	17/12/1967	Obrero recorders
18/12/1967	04/02/1968	Obrero recorders
05/02/1968	17/03/1968	Obrero recorders
18/03/1968	14/04/1968	Cablero
15/04/1968	26/05/1968	Cablero
27/05/1968	25/07/1968	Cablero
13/11/1968	22/12/1968	Cablero
23/12/1968	13/04/1969	Cablero
14/04/1969	16/07/1969	Cablero
04/08/1969	04/09/1969	Cablero
05/09/1969	02/11/1969	Cablero
03/11/1969	02/12/1969	Cablero
03/12/1969	22/04/1970	Cablero
06/05/1970	16/06/1970	Obrero grupo recorders
23/09/1970	31/12/1970	Cablero recorders
01/01/1971	21/04/1971	Cablero
10/05/1971	11/07/1971	Cablero
12/07/1971	30/07/1971	Cablero
26/11/1971	09/04/1972	Ayudante polvorero

15/04/1972	09/05/1972	Cablero
07/06/1972	18/06/1972	Cablero
18/07/1972	20/07/1972	Cuñero
11/24/1972	02/25/1973	Cablero
26/02/1973	08/04/1973	Cableo
09/04/1973	15/04/1975	Obrero
29/07/1973	25/11/1973	Ayudante taladro
02/01/1974	07/07/1974	Seismero
08/07/1974	11/08/1974	Seismero
19/08/1974	01/09/1974	Seismero
10/09/1974	22/12/1974	Cablero
21/01/1975	03/04/1975	Cablero
04/04/1975	07/05/1975	Cablero
08/05/1975	25/05/1975	Cablero
08/06/1975	27/06/1975	Obrero
28/12/1975	02/05/1976	Obrero
03/05/1976	20/07/1976	Revelado
23/09/1976	28/11/1976	Seismero
01/05/1977	06/09/1977	Obrero
07/09/1977	07/11/1977	Obrero
11/11/1977	08/01/1978	Obrero
09/01/1978	31/01/1978	Obrero
05/05/1978	21/07/1978	Disparador
24/07/1978	22/08/1978	Obrero
30/08/1978	11/09/1978	Shooter
20/09/1978	25/09/1978	
26/09/1978	20/11/1978	
21/11/1978	14/01/1979	Reparador de cables
15/01/1979	21/02/1979	Reparador de cables
22/02/1979	31/12/1979	Shooter
01/01/1980	06/06/1980	Capataz Casablanca
19/06/1980	19/08/1980	Ayudante de Geocyber
19/09/1980	20/01/1981	Ayudante de mecánica
22/01/1981	07/06/1981	Capataz
08/06/1981	26/07/1981	Repara cables
27/08/1981	10/01/1982	Repara cables
11/01/1982	25/04/1982	Repara cables
26/04/1982	13/06/1982	Repara cables
14/06/1982	10/10/1982	Repara cables
12/10/1982	09/01/1983	Repara cables
11/01/1983	07/03/1983	Repara cables
27/04/1983	02/09/1983	Repara cables
03/09/1983	31/12/1983	Repara cables
01/01/1984	25/05/1984	Repara cables
31/05/1984	17/06/1984	Repara cables
18/06/1984	29/07/1984	Repara cables
30/07/1984	07/10/1984	Repara cables
08/10/1984	31/12/1984	Repara cables
01/01/1985	12/05/1985	Repara cables
13/05/1985	20/10/1985	Repara cables
21/10/1985	29/12/1985	Repara cables
09/01/1986	28/05/1986	Repara cables
16/06/1986	27/07/1986	Repara cables
28/08/1986	07/10/1986	Repara cables
10/10/1986	30/11/1986	Repara cables
01/12/1986	22/04/1987	Repara cables
23/04/1987	24/05/1987	Repara cables
25/05/1987	12/07/1987	Repara cables
15/07/1987	23/08/1987	Repara cables
24/10/1987	10/11/1987	Repara cables
28/11/1987	10/03/1988	Repara cables
16/03/1988	21/04/1988	Repara cables

22/04/1988	17/07/1988	Repara cables
27/07/1988	10/11/1988	Repara cables
18/11/1988	10/12/1988	Repara cables
31/01/1989	16/02/1989	Repara cables
22/02/1989	20/03/1989	Obrero para Casablanca
21/03/1989	26/05/1986	Repara cables
27/05/1989	22/06/1989	Repara cables
06/03/1990	13/05/1990	Cheq de línea
23/05/1990	02/08/1990	Repara cables
19/11/1990	17/01/1991	Obrero registro de líneas

En el certificado además se hace constar que Manuel Felipe Bahamón prestó servicios con «Halliburton HGS Incorporated, hoy Halliburton Latín América S.A., mediante contratos de trabajo por obra o labor determinada así:

Desde	Hasta	Cargo
01/02/1991	24/03/1991	Obrero registro de líneas
25/03/1991	22/05/1991	Obrero registro de líneas
09/08/1992	20/09/1992	Obrero taladro
03/12/1992	31/12/1992	Obrero registro de líneas
17/02/1993	07/06/1993	Ayudante de reparacables
01/07/1993	01/09/1993	Reparacables
06/09/1993	08/09/1993	Reparacables
10/09/1993	15/11/1993	Reparacables

El accionante también allegó comunicación que data del 11 de enero de 2006, en la cual solicita a Halliburton Latín América S.A. el reconocimiento de la pensión sanción por haber trabajado en HGS Incorporated entre los 1967 y 1993(fl. 33). En respuesta, la empresa informó el 13 de julio de 2006, mediante carta firmada por Julián A. Cauca B. como Gerente de Recursos Humanos lo siguiente:

Debido a que usted laboró con contratos de trabajo por obra o labor determinada desde Julio 11 de 1967 interrumpidamente hasta un último contrato hasta Noviembre15 de 1993, la empresa no lo afilió al riesgo de vejez (pensión), amparado por el Instituto de seguro Social, ni descontó de su salario, ni pago aportes con destino al mismo, por cuanto no solo no estaba obligada a ello, sino que el régimen legal que durante esa época le era aplicable a este respecto se lo impedía.

A folio 35, milita acta de no conciliación suscrita ante el Ministerio de la Protección Social el 25 de junio de 2007, diligencia a la que comparecieron Manuel Felipe Bahamón y en representación de Halliburton Latín América S.A., Juan Schlesinger Vélez quien manifestó:

El reclamante nunca laboró para HALLIBURTON LATÍN AMÉRICA S.A. por cuanto esta sociedad fue constituida a partir del año de 1994 como consta en el

certificado de cámara y comercio que obra en el expediente. El reclamante laboró para las empresas GEOPHYSICAL SERVICEE INCORATED G.S.I. de julio 11 de 1967 a enero 17 de 1991 y para la empresa HALLIBURTON HGS INCORPORATED F de febrero 1 de 1991 al 15 de noviembre de 1993, empresas que con posterioridad al retiro del reclamante se transformaron y fusionaron con otras empresas para constituir a partir del año 1994 HALLIBURTON LATINOAMÉRICA S.A. Aclaro que todos los contratos del señor BAHAMON fueron escritos por obra o labor.

De otra parte, se verifican comunicaciones suscritas por el Gerente de Recursos Humanos de Halliburton Latin América SRL Sucursal Colombia en las que el 20 de junio y 13 de julio de 2016, en la que informa que revisadas sus bases de datos *«no se encuentra documento alguno que confirme su vinculación ni la asunción de obligaciones pensionales. Por tanto no es posible otorgar liquidaciones del año 1963 a 1993»* (fls. 39 y 40).

También fueron aportadas declaraciones extra proceso rendidas en 2016, en las que Cornelio Rivera Mesa y Jaime Arturo Trujillo Arrieta manifiestan que conocen al demandante porque fueron compañeros de trabajo, por ello saben que prestó servicios a GSI desde 1967 a 1994 como trochero, reparador de cable, revisor de líneas entre otros (fls 47 y 48).

Analizados en conjunto los medios probatorios antes relacionados al amparo del artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, estima la Colegiatura que en virtud de las diferentes fusiones, absorciones, absorciones y cambios de nombre de las casas matrices y sucursales, la convocada a juicio, a saber, Halliburton Latin América SRL Sucursal Colombia, asumió las obligaciones de las sociedades Geophysical Service Incorporated y HGS Incorporated en donde el actor prestó sus servicios, conforme lo constatan las constancias laborales emitidas por HLS International S.A. (fl. 32) y Halliburton Latin América S.A.(fls.23 a 26), que gozan de plena validez.

No olvida la Sala que la demandada desconoció el contenido del certificado emitido el 25 de noviembre de 2005, suscrito por Julián A. Cacua B: empero si pretendía desacreditar lo allí consignado debió adelantar el ejercicio probatorio respectivo, el cual brilla por su ausencia. Es más, en la comunicación del 13 de julio de 2006, emitida por Halliburton la misma persona firma como Gerente de Recursos Humanos. Es decir que al amparo de lo dispuesto en el artículo 32 del Código

Sustantivo de Trabajo es un representante del empleador y como tal desde su cargo lo obliga.

En gracia de discusión, a folio 277, milita certificado en el que Andrés Enrique Carvajal Vega- Recursos Humanos, Halliburton Latín América SRL Sucursal Colombia indica que Julián Cacua Bernal *«laboró con la compañía con un contrato a término indefinido desde el 18 de junio de 1996 hasta el 16 de septiembre de 2007, desempeñándose como A083-ESG- Manager-HR- en el Área de Recursos Humanos»*. A folios 278 y 279 obra contrato de trabajo a término indefinido con salario integral suscrito entre NL International INC y Julián Antonio Cacua Bernal, mediante el cual fue vinculado como Supervisor Administrativo a partir del 18 de junio de 1996. De folios 280 a 361 obran soportes que dan cuenta de las novedades en la nómina de la referida persona, sus incrementos salariales, retenciones en la fuente, la terminación del contrato por conciliación, entre otras.

Lo anterior, resulta relevante, pues lleva a la Sala a concluir que el desconocimiento manifestado por la demandada (fl 100), respecto del certificado de fecha 25 de noviembre de 2005, carece de sustento, pues fue suscrito por un representante suyo, con jerarquía, poder de decisión y una amplia trayectoria en la compañía que le permitía conocer, saber y diferenciar las empresas con las cuales Halliburton Latín América se había fusionado, pues no de otra manera se entiende que además en el certificado de existencia y representación de Halliburton Latín América S.A. (fls. 267 a 269 y 270 a 272), aparezca relacionado como segundo suplente del representante legal.

Vale indicar que el desconocimiento se funda de una parte, en que se refiere a vínculos sostenidos por el demandante con un tercero, análisis ya superado por la sala en precedencia y por otra, en que los tiempos certificados *«no concuerdan con los extremos temporales de los supuestos contratos ejecutados»*; no obstante, estima la Sala que esto último en nada afecta la credibilidad del documento, pues al fallar el operador judicial debe realizar un análisis para cotejar los hechos probados y despachar favorablemente las pretensiones a que haya lugar, sin que nada le impida

declarar la existencia de un contrato de trabajo en el interregno solicitado en un periodo inferior al pedido o varios contratos en los extremos señalados.

Todo lo expuesto en precedencia lleva a concluir que es dable otorgar valor y veracidad al certificado laboral emitido el 25 de noviembre de 2005, porque la demandada no logró desacreditar su contenido. Así lo ha instruido esta Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias CSJ SL, 8 mar. 1996, rad. 8360, CSJ SL, 24 ag. 2010, rad. 34393, CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38666, CSJ SL16528-2016, CSJ SL2600-2018, CSJ SL1499-2021 y CSJ SL 529-2022. En concreto, en la primera se señaló:

El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral.

Continuidad de la relación laboral

No omite la Sala que el certificado al cual se viene haciendo mención relaciona varios contratos por obra o labor contratada y en algunos eventos se presentan interrupciones entre la culminación de uno y el inicio del siguiente; empero, el Juzgado declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes desde el 11 de julio de 1967 hasta el 10 de diciembre de 1992 y la demandada no se opuso a tal conclusión, razón que impide a la Sala pronunciarse.

En gracia de discusión, se pone de presente que el accionante aportó declaraciones extra juicio en las que Cornelio Rivera Mesa y Jaime Arturo Trujillo Arrieta informaron que fueron compañeros de trabajo del promotor del juicio, por ello saben que prestó servicios a GSI desde 1967 a 1994.

Cálculo actuarial

Así las cosas, Halliburton Latín América SRL Sucursal Colombia deberá pagar a Colpensiones y a satisfacción de esta, cálculo actuarial correspondiente por el periodo en que el demandante Manuel Felipe Bahamón le prestó servicios desde el 11 de julio de 1967 hasta el 10 de diciembre de 1992, como dispuso la primera instancia.

Establecido lo anterior, pasa ahora la Sala a analizar si el demandante es beneficiario del régimen de transición y si en consecuencia Colpensiones está llamada a reconocerle y pagarle pensión de vejez al amparo del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

Régimen de transición

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigor el sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios, será lo establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados

Al punto, se advierte que el demandante al 1º de abril de 1994 - vigencia Ley 100 de 1993 - contaba con 52 años, dado que nació el 4 de marzo de 1942 (fl. 22). En lo referente a las cotizaciones, de conformidad con el reporte de folios 27 a 31 y los documentos del expediente administrativo allegado en cd de folio 174 y el cálculo actuarial ordenado en este proceso, se evidencia que Manuel Felipe Bahamón para el 1º de abril de 1994 contaba con 1.368 semanas cotizadas. Por tanto, en razón a la edad y el número de semanas es beneficiario de la transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Ahora, no puede olvidarse que el parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso claramente que ese régimen no puede

extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción, de aquellos trabajadores que pertenecientes a la transición, además, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigor de dicha enmienda constitucional, a los cuales se les mantendría esa prerrogativa hasta el 31 de diciembre de 2014.

Sin embargo, en el presente caso, el accionante cumplió 60 años el 4 de marzo de 2002 y para esa data ya contaba con más de 1000 semanas cotizadas, es decir que el referido acto no aplica para el caso y es posible otorgarle la pensión de vejez al amparo del Decreto 758 de 1990, como acertadamente concluyó el Juez de conocimiento.

		Tabla Semanas cotizadas toda la Vida			
		Fecha Inicio	Fecha Final	No. Dias (Dias 365)	No. Semanas
				0	0,00
Halliburton Latin America S.A.		11/07/1967	8/09/1986	7000	1000,00
		Subtotal desde 11-07-1967 a 08-09-1986		7000	1000,00
Halliburton Latin America S.A.		9/09/1986	10/12/1992	2285	326,43
		17/02/1993	7/06/1993	111	15,86
		1/07/1993	1/09/1993	63	9,00
		6/09/1993	8/09/1993	3	0,43
		10/09/1993	15/11/1993	67	9,57
HGS INCORPORATED		16/11/1993	24/11/1993	9	1,29
HGS INCORPORATED		25/11/1993	1/01/1994	38	5,43
		Subtotal desde 11-07-1967 a 01-04-1994		9576	1368,0
Constructora Jose Sidney		11/07/1994	31/12/1994	174	24,86
				0	0,00
		Fecha Inicio	Fecha Final	No. Dias (Dias 360)	No. Semanas
				0	0,00
		1/03/1995	8/03/1995	8	1,14
		1/05/1995	30/05/1995	30	4,29
		1/01/1996	15/12/1997	705	100,71
		1/02/1998	2/02/1998	2	0,29
		1/06/1998	1/06/1998	1	0,00
		1/08/1998	5/08/1998	5	0,71
		5/10/1998	1/07/1999	267	38,14
		1/09/1999	13/09/1999	13	1,86
		1/10/1999	31/08/2000	330	47,14
		1/10/2000	11/03/2001	161	23,00
		1/06/2001	1/06/2001	1	0,00
		1/01/2002	23/01/2002	23	3,29
		1/02/2002	1/03/2003	391	55,86
		Subtotal 11-07-1967 a 25-07-2005		11687	1669,57
		1/01/2006	14/01/2006	14	2,00
		1/03/2006	11/06/2006	101	14,43
		1/07/2006	30/05/2007	330	47,14
		1/09/2007	6/09/2007	6	0,86
		1/11/2007	1/11/2007	1	0,00
		9/09/2009	28/02/2010	172	24,57
				0	0,00
		Total Toda la Vida		12.311,00	1.758,57

En gracia de discusión vale indicar que aun en el evento en que se consideraran las interrupciones de los contratos tal como fue certificado por el empleador, el demandante Manuel Felipe Bahamón habría acreditado 1000 semanas para el 23 de noviembre de 1993, veamos:

		Tabla Semanas cotizadas toda la Vida			
		Fecha Inicio	Fecha Final	No. Días (Días 365)	No. Semanas
				0	0,00
	H a l l i b u r t o n L a t i n A m e r i c a S . A .	11/07/1967	25/07/1968	381	54,43
		13/11/1968	16/07/1969	246	35,14
		4/08/1969	22/04/1970	262	37,43
		6/05/1970	16/06/1970	42	6,00
		23/09/1970	21/04/1971	211	30,14
		10/05/1971	30/07/1971	82	11,71
		26/11/1971	9/04/1972	136	19,43
		15/04/1972	9/05/1972	25	3,57
		2/06/1972	18/06/1972	17	2,43
		18/07/1972	20/07/1972	3	0,43
		24/12/1972	15/04/1973	113	16,14
		29/07/1973	25/11/1973	120	17,14
		2/01/1974	11/08/1974	222	31,71
		19/08/1974	1/09/1974	14	2,00
		10/09/1974	22/12/1974	104	14,86
		21/01/1975	25/05/1975	125	17,86
		8/06/1975	27/07/1975	50	7,14
		28/12/1975	20/07/1976	206	29,43
		23/09/1976	28/11/1976	67	9,57
		1/05/1977	7/11/1977	191	27,29
		11/11/1977	31/01/1978	82	11,71
		23/02/1978	2/05/1978	69	9,86
		5/05/1978	21/07/1978	78	11,14
		24/07/1978	22/08/1978	30	4,29
		30/08/1978	11/09/1978	13	1,86
		20/09/1978	6/06/1980	626	89,43
		19/07/1980	19/08/1980	32	4,57
		19/09/1980	20/01/1981	124	17,71
		22/01/1981	26/07/1981	186	26,57
		27/08/1981	10/10/1982	410	58,57
		12/10/1982	9/01/1983	90	12,86
		11/01/1983	7/03/1983	56	8,00
		27/07/1983	25/05/1984	304	43,43
		31/05/1984	29/12/1985	578	82,57
		9/01/1986	28/05/1986	140	20,00
		16/06/1986	27/07/1986	42	6,00
		28/08/1986	7/10/1986	41	5,86
		10/10/1986	12/07/1987	276	39,43
		15/07/1987	23/08/1987	40	5,71
		24/10/1987	10/11/1987	18	2,57
		28/11/1987	10/03/1988	104	14,86
		16/03/1988	17/07/1988	124	17,71
		27/07/1988	10/11/1988	107	15,29
		18/11/1988	10/12/1988	23	3,29
		31/01/1989	16/02/1989	17	2,43
		22/02/1989	22/06/1989	121	17,29
		12/02/1990	26/02/1990	15	2,14
		6/03/1990	13/05/1990	69	9,86
		23/05/1990	2/08/1990	72	10,29
	r i c a S . A .	19/11/1990	17/01/1991	60	8,57
		1/02/1991	22/05/1991	111	15,86
		9/08/1992	20/09/1992	43	6,14
		3/12/1992	31/12/1992	29	4,14
		17/02/1993	7/06/1993	111	15,86
		1/07/1993	1/09/1993	63	9,00
		6/09/1993	8/09/1993	3	0,43
		10/09/1993	15/11/1993	67	9,57
HGS INCORPORATED		16/11/1993	24/11/1993	9	1,29
		Subtotal desde 11-07-1967 a 24-11-1993		7000	1000,0

Disfrute de la pensión

Preceptúan los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, que el retiro o desafiliación del sistema es un requisito necesario para el disfrute y pago de la pensión, pero no para la causación o reconocimiento del derecho.

En el asunto bajo examen el accionante prestó servicios en marzo de 2003 al empleador Civilia S.A., luego solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, que le fue concedida mediante resolución n.º 004950 del 18 de febrero de 2005 (fl. 60 cd expediente administrativo). Posteriormente, cotizó las 21.43 semanas de enero a mayo de 2007, con el empleador Sismopetrol de Colomb.

Prescripción

Se verifica que el derecho se causó para marzo de 2002 cuando el demandante cumplió los 60 años y acreditaba más de 1.000 semanas cotizadas. El disfrute de la prestación se originó en marzo de 2003, último ciclo cotizado antes de recibir el pago de la indemnización sustitutiva; no obstante, el Juzgado acertadamente determinó que se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 10 de mayo de 2014, como quiera que el actor solicitó el pago de la pensión el 18 de junio de 2002 y la entidad la negó mediante Resolución n.º 024936 del 18 de octubre de 2002 (fl. 35 cd expediente administrativo) y la demanda tan solo fue interpuesta el 10 de mayo de 2017 (fl. 49).

Liquidación de la pensión

Aunque el Juzgado determinó que el ingreso base de liquidación que más beneficiaba al demandante es el obtenido con base en los salarios cotizados en toda la vida, sin explicar la fuente de su conclusión, empero, la Sala no encuentra elementos probatorios que permitan establecer tal circunstancia, como quiera que tan solo se cuenta con el reporte de semanas cotizadas a Colpensiones y se desconocen los salarios

devengados por el demandante Manuel Felipe Bahamón en el periodo correspondiente al cálculo actuarial.

En consecuencia, se ordenará a la demandada Halliburton Latín América SRL Sucursal Colombia remitir a Colpensiones el listado de salarios devengados por el trabajador en cada uno de los contratos para que esta pueda determinar con base en lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la mesada que resulte más favorable al demandante, bien sea con base en los salarios cotizados en el tiempo que le hacía falta para alcanzar la edad de pensión o en toda la vida laboral.

Es importante resaltar que en el asunto bajo examen no tiene aplicación el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, considerado por el Juzgado pues para el 1 de abril de 1994 con 52 años, dado que nació el 4 de marzo de 1942 (fl. 22) y en consecuencia tan solo le hacían falta 0 años para adquirir el derecho a la pensión.

Retroactivo pensional

Como quiera que el demandante falleció el 11 de septiembre de 2017 (fl. 155), Colpensiones deberá pagar el retroactivo pensional correspondiente a las mesadas causadas desde el 10 de mayo de 2014 y hasta la data del deceso Bahamón, a sus sucesores procesales, con destino a la masa sucesoral. Del citado retroactivo deberá descontar los aportes destinados al sistema de salud y la suma cancelada por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez mediante acto Administrativo n.º 004950 del 18 de febrero de 2005 (fl. 60 cd expediente administrativo), tal como acertadamente concluyó el Juez.

Indexación

Como quiera que los sucesores del demandante no están llamados a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida de valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo Colpensiones deberá pagar el retroactivo correspondiente debidamente indexado desde la fecha de su causación

hasta que se verifique el pago de la obligación, tal como dispuso el Juzgado.

Costas

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones ni a Halliburton Latín América de pagar costas del proceso respecto del demandante Manuel Felipe Bahamón toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, resultaron derrotadas, pues se ordenó el pago del cálculo actuarial y la pensión de vejez deprecadas. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en este punto.

En cuanto al demandante, Miguel Ángel Escobar Cuellar como quiera que la sentencia se revocará, se condenará en costas a las demandadas y así se indicará en la parte resolutive de esta decisión.

No se causan costas en el grado de consulta, ni en la instancia.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2019 - 23 de junio de 2021 (reconstrucción parcial) por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar CONDENAR a la demandada Halliburton Latín América SRL Sucursal Colombia a pagar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y a satisfacción de esta, cálculo actuarial por el periodo

comprendido entre el 11 de junio de 1984 hasta el 20 de enero de 1987, en que el demandante Miguel Ángel Escobar Cuellar, le prestó servicios. Además deberá remitirle certificación en la cual se relacionen los salarios devengados por el trabajador en el periodo señalado.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia para CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a actualizar la historia laboral del demandante Miguel Ángel Escobar Cuellar, una vez reciba a satisfacción el cálculo actuarial y el certificado de salarios devengados por el demandante Miguel Ángel Escobar Cuellar desde el 11 de junio de 1984 hasta el 20 de enero de 1987.

TERCERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia analizada para condenar a Halliburton Latín América SRL Sucursal Colombia también a remitir a Colpensiones certificado en el que se indiquen los salarios devengados por Manuel Felipe Bahamón en el periodo en que está obligada a pagar el cálculo actuarial.

CUARTO: MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia analizada que quedará del siguiente tenor: DECLARAR que el señor Manuel Felipe Bahamón fue beneficiario del régimen de transición y cumplió con los requisitos previstos en el Decreto 758 de 1990 para acceder a la pensión de vejez. En consecuencia, CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar pensión de a partir del 4 de marzo del 2002 y a liquidar la mesada pensional con el ingreso base de liquidación que resulte más favorable en aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

QUINTO: MODIFICAR el numeral séptimo de la sentencia analizada en el sentido de CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a favor de los sucesores procesales y a ordenes de la masa sucesoral del señor demandante Manuel Felipe Bahamón, el retroactivo de las mesadas pensionales causadas entre el 10 de mayo del 2014 y el 11 de septiembre del 2017, data en que se produjo su deceso en la suma que determine la entidad conforme a la liquidación de la pensión ordenada en el numeral anterior, el cual deberá indexar.

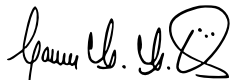
Además se autoriza a Colpensiones descontar la suma reconocida por concepto de indemnización sustitutiva mediante Resolución 004950 del 29 de febrero de 2005, en la suma de \$3.380.914, y los descuentos por aportes a salud a favor de la EPS donde se encontraba afiliado el demandante fallecido.

SEXTO: REVOCAR el numeral sexto de la sentencia de primera instancia únicamente en cuanto declaró probadas las excepciones propuestas en el proceso 07 2017 00188 en el cual es demandante Miguel ángel Escobar Cuellar, para en su lugar declararlas no probadas

SÉPTIMO: REVOCAR el numeral décimo de la sentencia del *a quo* únicamente en cuanto condenó al demandante Miguel ángel Escobar Cuellar a pagar costas del proceso a favor de las demandadas, para en su lugar CONDENAR a Halliburton Latín América SRL Sucursal Colombia y Colpensiones pagar a favor del demandante las costas del proceso.

OCTAVO: Sin costas en el grado de consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

SALVO VOTO PARCIAL, EN CUANTO NO CONDICIONÓ EL PAGO DE LA PRESTACIÓN AL RECIBO A SATISFACCIÓN, POR PARTE DE COLPENSIONES DEL VALOR DEL CÁLCULO ACTUARIAL CONFORME ART. 33 LEY 100 DE 1993.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Radicación n.º 110013105 07 2017 00188 01.

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 09 2018 00412 01.
DEMANDANTE: LUIS FERNANDO GIL JIMENEZ
DEMANDADO: DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A.
EN REORGANIZACIÓN

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de noviembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió proceso ordinario laboral para que se condene a la demandada a reintegrarlo sin solución de continuidad al cargo, pagarle los salarios, prestaciones, vacaciones, aportes a seguridad social indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 631 de 1997, indemnización por despido injustificado hasta que se produzca su reinstalación al cargo. También que se ordene cancelar las prestaciones sociales y vacaciones causadas en el año 2015 y la sanción moratoria correspondiente y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 4 de diciembre de 2012, se vinculó a la demandada mediante contrato a término indefinido para desempeñarse como Mecánico 2 D3, con una asignación salarial de \$5.250.000. Refirió que el 10 de noviembre de 2015, sin tomar en consideración su estado de salud, fue despedido sin que mediara justa causa y sin recibir el pago de la liquidación final (fls. 28 a 35).

Discovery Energy Services Colombia S.A. en reorganización rechazó las súplicas, salvo las relacionadas con el pago de prestaciones sociales causadas a la terminación del contrato. Admitió la existencia del vínculo laboral, las fechas de inicio y terminación, el cargo desempeñado, el salario devengado y la deuda actual de prestaciones sociales a la terminación del contrato. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, mala fe del trabajador, buena fe del empleador y prescripción. En defensa de sus intereses, argumentó que para el momento en que el contrato finalizó el actor no era sujeto de estabilidad laboral reforzada. De otra parte, expuso que no canceló la liquidación final del contrato, pues las cuentas de la empresa estaban embargadas y posteriormente estuvo incurso en proceso de reorganización (fls. 104 a 118).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 18 de noviembre de 2020, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre Luis Fernando Gil Jiménez y Discovery Energy Services S.A. en reorganización, existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 4 de diciembre de 2012 y finalizó el 10 de noviembre de 2015, en el que el demandante se desempeñó como mecánico 2 y devengó un último salario por el valor \$5.250.000.

SEGUNDO: CONDENAR a Discovery Energy Services S.A. en reorganización a pagar al señor Luis Fernando Gil Jiménez los siguientes conceptos.

- a) \$5.443.229 por cesantías del 2015.
- b) \$562.467 por intereses sobre las cesantías del año 2015.
- c) \$2.486.458 por prima de servicios del segundo semestre de 2015.
- d) \$2.912.915 por compensación de vacaciones del año 2015, valor que deberá ser indexado desde su causación hasta la fecha de pago efectivo.
- e) 14.255.822 por concepto de indemnización por despido injusto, valor que deberá ser indexado desde su causación hasta la fecha de pago efectivo.
- f) \$2.275.000 por indemnización moratoria desde el 10 hasta el 23 de noviembre de 2015.

TERCERA: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada en su contestación.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada Discovery Energy Services S.A. en reorganización de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante, el señor Luis Fernando Gil Jiménez en el presente proceso.

QUINTO: COSTAS serán a cargo de la parte demandada, tásense por secretaria, fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a \$800.000 de acuerdo con lo considerado.

En lo fundamental señaló que el accionante no demostró que para el momento del despido se encontraba en un estado de debilidad manifiesta, discapacidad o minusvalía, que le impidiera desempeñar sus funciones, por tanto la presunción de despido discriminatorio no se configura. De otra parte, ordenó el pago de la indemnización por despido, como quiera que la demandada finalizó el contrato sin que mediara justa causa. De otro lado, como quiera que la demandada aceptó no haber pagado la liquidación final procedió a liquidar las prestaciones y vacaciones correspondientes. Finalmente consideró que la empresa no demostró haber actuado de buena fe por lo que le ordenó pagar sanción moratoria.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante imploró ordenar el reintegro al cargo, pues en su sentir la valoración de los medios de prueba no fue acertada.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si para cuando terminó el vínculo laboral el actor era sujeto de estabilidad laboral reforzada y en consecuencia debe ordenarse el reintegro sin solución de continuidad al cargo que venía desempeñando.

Para dilucidar lo anterior, se encuentra al margen de la discusión que: i) el demandante prestó servicios a la demandada desde el 4 de diciembre de 2012 hasta el 10 de noviembre de 2015, data esta en que la demandada comunicó su decisión de finalizar el vínculo sin que mediara justa causa, pues tales hechos fueron aceptados por la demandada al contestar el libelo introductorio.

Estabilidad laboral reforzada

Se adentra el Tribunal al estudio de los preceptos constitucionales y legales que dan sustento a la protección especial de las personas en

condición de discapacidad y al análisis del precedente jurisprudencial que ha desarrollado los parámetros para la efectiva materialización de sus derechos.

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

En el preámbulo, reconoce que la discapacidad es *«un concepto que evoluciona»*, además, que es producto *«de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*. Asimismo, el artículo 1.º señala que las personas con discapacidad *«incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*.

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

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

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

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

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

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

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

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

Es justamente como desarrollo de esas exigencias constitucionales, que el legislador ha expedido diferentes normas, dentro de las cuales podemos resaltar la Ley 361 de 1997, la Ley 1346 de 2009, por medio de la cual se aprueba la *“Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”*, y la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, con el

fin de establecer una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a ciertas personas que por su estado de salud pueden ser discriminadas.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en materia de estabilidad laboral establece que:

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

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

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

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha interpretado el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo la concepción que, la sola circunstancia de padecer una enfermedad o estar incapacitado no es suficiente para ser beneficiario de las garantías que allí se contemplan, pues estas deben estar revestidas de cierto grado de limitación debidamente calificada, la cual ha considerado es superior al 15%. (SL10538-2016, rad.42451, reiterada en las decisiones CSJ SL17945-2017, CSJ SL24079-2017, SL51140-2018 y SL711-2021).

También ha sentado que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el perjuicio de la discapacidad del trabajador. Por tanto, en criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no es obligatorio acudir al

inspector del trabajo, pues, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria. En esa perspectiva, sienta como subregla que la decisión del empleador puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (sentencia CSJ SL 1360-2018).

Sobre la postura de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la estabilidad laboral reforzada con ocasión del estado de salud del trabajador, la H. Corte Constitucional en sentencia C-200 de 2019, en su función de interpretar los preceptos legales conforme a la Constitución Nacional, al momento declarar la exequibilidad condicionada de la justa causa de despido prevista en el numeral 15 del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, indicó:

IV No es posible acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como elemento orientador en la materia, pues ha utilizado un criterio completamente distinto al concepto de estabilidad laboral reforzada. Sus fallos más recientes fundamentan su análisis en una norma ya derogada (Decreto 2463 de 2001 derogado expresamente por el Decreto 1352 de 2013), tal vez por la antigüedad de los casos, e ignoran los fundamentos legales y constitucionales vigentes pues, los jueces laborales no verificaban que el empleador hubiera cumplido su obligación de procurar el reintegro, como lo prevé una norma vigente desde 1965. Aunque en varios casos los recurrentes en casación han solicitado la ampliación de la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para la Corte Suprema debe probarse (a) que el trabajador tenga una limitación física, psíquica o sensorial moderada (pérdida de capacidad laboral del 15% al 25%), severa (mayor al 25%, pero inferior al 50%) o profunda (cuando supera el 50%), y (b) que el empleador conoce ese estado de salud y termina la relación por razón de la limitación física, sin previa autorización del ministerio del ramo. Sin embargo, esa graduación fue derogada en 2013 y, será la misma Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción laboral quien deberá interpretar este cambio normativo de la manera en que lo considere según sus competencias y en armonía con las previsiones constitucionales y la interpretación reiterada de cláusulas constitucionales que ha fijado esta Corporación.

En ese horizonte, es dable afirmar conforme a la postura del máximo Órgano de la jurisdicción constitucional que, la protección especial por estabilidad laboral reforzada resulta extensiva no sólo a las personas que están debidamente calificadas como discapacitadas o con un grado de

pérdida de capacidad laboral, sino también aquellas que sufren una disminución en su salud que les impidan desarrollar cabalmente sus labores o cuyas características personales hacen suponer que pueden ser susceptibles de discriminación laboral. Lo anterior, también tiene sustento en la sentencia SU-049 de 2017, que unificó su posición respecto de cuáles son las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta y merecen la protección de la estabilidad ocupacional reforzada, al señalar:

Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la [Ley 361 de 1997](#), ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impid[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares...

Igualmente, porque en criterio de esa Corporación, la referida garantía tiene sustento en que:

4.4. (...) El derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal sino que se funda razonablemente y de forma directa en diversas disposiciones de la Constitución Política: en el derecho a “la estabilidad en el empleo” (CP art 53);[61] en el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva” (CP arts. 13 y 93);[62] en que el derecho al trabajo “en todas sus modalidades” tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de “condiciones dignas y justas” (CP art 25); en el deber que tiene el Estado de adelantar una política de “integración social” a favor de aquellos que pueden considerarse “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos” (CP art 47);[63] en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (CP arts. 1, 53, 93 y 94); en el deber de todos de “obrar conforme al principio de solidaridad social” (CP arts. 1, 48 y 95).[64]

4.5. Estas disposiciones se articulan sistemáticamente para constituir el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada, en la siguiente manera. Como se observa, según la Constitución, no solo quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango reglamentario, deben contar con protección especial. Son todas las personas “*en circunstancias de debilidad manifiesta*” las que tienen derecho constitucional a ser protegidas “especialmente” (CP art 13). Este derecho no se circunscribe tampoco a quienes experimenten una situación permanente o

duradera de debilidad manifiesta, pues la Constitución no hace tal diferenciación, sino que se refiere genéricamente incluso a quienes experimentan ese estado de forma transitoria y variable. Ahora bien, esta protección especial debe definirse en función del campo de desarrollo individual de que se trate, y así la Constitución obliga a adoptar dispositivos de protección diferentes según si las circunstancias de debilidad manifiesta se presentan por ejemplo en el dominio educativo, laboral, familiar, social, entre otros. En el ámbito ocupacional, que provoca esta decisión de la Corte, rige el principio de “estabilidad” (CP art 53), el cual como se verá no es exclusivo de las relaciones estructuradas bajo subordinación sino que aplica al trabajo en general, tal como lo define la Constitución; es decir, “en todas sus formas” (CP art 53). Por tanto, las personas en circunstancias de debilidad manifiesta tienen derecho a una protección especial de su estabilidad en el trabajo. El legislador tiene en primer lugar la competencia para definir las condiciones y términos de la protección especial para esta población, pero debe hacerlo dentro de ciertos límites, pues como se indicó debe construirse sobre la base de los principios de no discriminación (CP art 13), solidaridad (CP arts. 1, 48 y 95) e integración social y acceso al trabajo (CP arts. 25, 47, 54).

En síntesis, conforme al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, las reglas y subreglas que de allí emergen, se resumen en que:

1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.
2. La estabilidad ocupacional reforzada implica que el trabajador tiene el derecho a no ser desvinculado sino en virtud de justa causa debidamente certificada por la oficina del Trabajo. No obstante, en los casos en que no exista dicha autorización, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la pretermisión del trámite ante la autoridad del Trabajo acarrea la presunción de despido injusto, empero, esta presunción se puede desvirtuar y en virtud de la inversión de la carga de la prueba le corresponde al empleador o contratante probar la justa causa para terminar la relación.
3. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Al amparo de lo expuesto, se procede al análisis de las pruebas arrimadas al plenario, en el que se verifica que el demandante aportó historia clínica en la que se puede leer:

Fecha de consulta	Observaciones
27/01/2014	Trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía. Impresión diagnóstica, enfermedad general. Plan de manejo: Se solicita interconsulta a cirugía columna por solicitud de médico tratante no requiere ambulancia Plan de manejo: <u>Incapacidad por enfermedad general</u> durante 21 días del 27 de enero de 2014 al 16 de febrero de 2014
06/03/2014	Enfermedad actual: <u>CUADRO DESDE NOVIEMBRE DE 2013 POSTERIOR A LEVANTAR UN BLOQUE DE MADERA EN SU TRABAJO DOS A TRES MESES DE DOLOR LUMBAR CON IRRADIACIÓN CARA POSTERIOR LATERAL PIERNA Y PIE DERECHO, RESONANCIA, HERNIA DISCAL L4L5 DERECHO RECESO LATERAL CON BETAMETASOBNA SEMANL POR TRES SEMANAS ALIVIO CASI COMPLETAMENTE. CON EL BLOQUEO EPIDURAL L4L5 QUEDÓ ASINTÓMATICO EN DOS SEMANAS ACTUALMENTE SOLAMENTE DISESTESIA EN DORSO Y PIE DERECHO.</u> Se solicita terapia física integral
02/07/2014	Diagnóstico: <i>M 51- Otros Trastornos De Los Discos Intervertebrales</i> Comentarios: <i>SECUELAS DE DISCOPATÍAS MÚLTIPLES LUMBARES CON HERNIA DISCAL EN L4- L5. EN ESTE MOMENTO SIN SIGNOS DE RADICULOPATÁI Y CON DOLOR CONTROLADO</i>
03/07/2014	El paciente refiere <u>MEJORÍA DE MÁS DEL 95% DEL DOLOR POST BLOQUEO,PERO EN LAS ÚLTIMAS SEMANAS SE ESTÁ VOLVIENDO A PRESENTAR</u> Se solicita remisión medicina del trabajo, interconsulta cirugía de columna. Interconsulta medicina física y rehabilitación
16/04/2015	Enfermedad actual: <i>El 10 de marzo de 2015. presentó nuevamente una caída de espalda con trauma dorsolumbar. Estaba cargando unas cajas presentó dolor en región lumbar. En el momento <u>controlada es de baja intensidad tipo picada región lumbar.</u></i>

Al rendir declaración de parte el representante legal de la demanda señor Jhon Ricardo Melo López aceptó que el accionante fue despedido, pero indicó que la empresa no fue informada sobre ningún *padecimiento o discapacidad*.

Del análisis conjunto de los medios de convicción se extrae que, con anterioridad al despido el actor fue sometido a intervención quirúrgica de desbloqueo, por lo cual le fue prescrita incapacidad de 21 días desde el 27 de enero hasta el 16 de febrero de 2014 (fl 7), aunque en la historia clínica se puede leer que el actor en consulta refería dolor, este no resultó incapacitante, tanto así que desempeñaba con normalidad sus funciones, pues nada distinto fue acreditado en el plenario.

En ese horizonte, estima esta Colegiatura que no fue demostrado que para el momento del despido el accionante padeciera una afectación en su salud que le impidiera o dificultaran realizar las funciones para las cuales fue contratado en condiciones regulares, por tanto, no resultaba necesario que el empleador previo al despido tramitara ante el Ministerio de Trabajo la autorización para proceder a la finalización del contrato de trabajo. En consecuencia, no hay lugar a declarar la ineficacia del despido como se aspira con la demanda.

Agotado el objeto del recurso la Colegiatura confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la apelación.

V. DECISIÓN

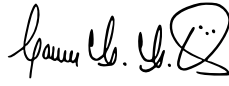
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2020 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



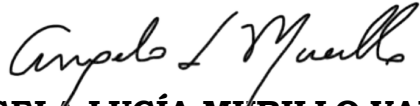
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

009 2018 00412 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 06 2019 00630 01
DEMANDANTE: ISMAEL JOSÉ SIERRA SIERRA
DEMANDADO: NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS COLOMBIA LTDA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Decide la el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de agosto de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que finalizó el 30 de septiembre de 2016, sin que mediara justa y sin tener en cuenta el fuero de estabilidad laboral reforzada en su condición de prepensionado. En consecuencia condenar a la demandada a pagar salarios no percibidos a causa de la *renuncia indirecta motivada por el constante maltrato laboral*, indemnización por despido injustificado, sanción moratoria, sanción por retraso en el pago de seguridad social, indexación de las vacaciones proporcionales y las demás indemnizaciones a que haya lugar junto con las costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 28 de noviembre de 1955, es oficial del Ejército Nacional en uso de buen retiro especialista en seguridad física. Refirió que el 1 de julio de 2005 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada para desempeñarse como

Colombia Security Manager, con una remuneración inicial de \$12.000.000 y final de \$17.236.000, la relación se mantuvo por espacio de 11 años, 2 meses hasta el 30 de septiembre de 2016, la empleadora dio por terminado el contrato.

Adujo que para esa data estaba vinculado a la AFP Colfondos y ostentaba la calidad de prepensionado, lo que lo hacía merecedor a estabilidad laboral reforzada. Señaló que el despido se dio cuando tenía hijos menores de edad cursando estudios universitarios, lo que produjo en su familia un cambio drástico en las condiciones de vida (fls 23 a 33 y 36 y 37 subsanación).

Al dar respuesta, la convocada a juicio se opuso al éxito de las peticiones, excepto a declarar la existencia del contrato de trabajo. Admitió la data de nacimiento del demandante, que es beneficiario de asignación de retiro por parte del Ejército Nacional, la vinculación a la AFP Colfondos, la suscripción del contrato de trabajo, la ejecución personal y subordinada de funciones y la decisión unilateral de poder fin al vínculo. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de presupuestos de hecho y de derecho para que NSN sea demandado en este proceso, falta de legitimación en la causa por activa, inexistencia de las obligaciones que se reclaman, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción. En defensa de sus intereses, alegó que la legislación no prevé el fuero de prepensionados para trabajadores particulares y que el demandante es acreedor de una asignación de retiro desde el 1 de julio de 1995, lo que representa un pago mensual vitalicio de una suma de dinero que garantiza la satisfacción de las necesidades básicas suyas y de su familia (fls.132 a 143).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de agosto de 2021, resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la demanda NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS COLOMBIA LTDA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra en el presente asunto por Ismael José Sierra Sierra de acuerdo con lo indicado.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones que se reclaman, propuestas por la pasiva en su contestación.

TERCERO: Las costas serán a cargo de la parte demandante. Fijense como agencias en derecho la suma de \$700.000.

En lo fundamental indicó que el actor no demostrar la calidad de prepensionado, para la época del despido. En adición encontró que conforme a proyección realizada por la AFP con un capital similar en la fecha podría obtener el reconocimiento de una pensión de vejez. Resaltó que el demandante disfruta de pensión otorgada por las fuerzas militares contraprestación de seguridad social del régimen exceptuado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante imploró revocar la decisión al argumentar que los derechos exigidos son de carácter constitucional, por tanto irrenunciables y en consecuencia no es admisible el argumento de que goza de una asignación de retiro, pues al haberse reincorporado al mundo laboral tal calidad no lo excluye de la obligación de realizar aportes al sistema de seguridad social, ni obsta para desconocer su condición de prepensionado y su derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Señaló que la demandada no podía poner fin al contrato hasta tanto no estuviera incluido en la nómina de pensionados, esto en procura de proteger los derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital. Argumentó que la asignación de retiro y la pensión de vejez general no son incompatibles, pues la primera pertenece al régimen exceptuado.

Para resolver, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si para el momento en que el contrato finalizó el actor ostentaba la calidad de prepensionado y por tanto era sujeto de estabilidad laboral reforzada y tiene derecho a ser reintegrado al cargo que desempeñaba.

Es verdad probada que el actor prestó servicios a la demandada como *Security Manager* mediante un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 1 de julio de 2005 hasta el 30 de septiembre de 2016, cuando esta decidió terminarlo sin que mediara justa causa (fls 3 a 7, 10 y 110).

Ahora, la Corte Constitucional en la sentencia SU-003 de 2018, estableció que *“Acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas - o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión”*. Subreglas reiteradas en T-055 de 2020.

La Corporación destacó que la finalidad de ese mecanismo es proteger la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, que podría verse frustrada por la *«pérdida intempestiva del empleo»*, por ello, ampara la estabilidad laboral, en función de hacer viable la continuidad en la cotización efectiva al sistema pensional para *«consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez»*.

Ahora, es bien sabido que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen; empero en el asunto bajo examen el actor no demostró que para el 30 de septiembre de 2016, cuando la demandada puso fin al vínculo, le faltaban tres años de cotizaciones para completar el capital necesario que le permitiera financiar su pensión de vejez.

Importa destacar que a solicitud de Nokia Solutions and Networks Colombia Ltda, el Juzgado ordenó a Colfondos, administradora a la cual se encuentra afiliado el actor, proyectar la mesada pensional para el 30 de septiembre de 2016. En respuesta, la AFP contestó el 2 de julio de 2021, indicando que para esa data el actor contaba con un saldo en cuenta

individual de \$388.110.100 y que su simulador pensional realiza cálculos para fechas presentes o futuras, no pasadas (fl. 161). Luego, el 20 de agosto de 2021 señaló que la mesada para la fecha ascendería a \$1.547.960, con un capital de \$393.179.584 (fl. 178). Por lo anterior es dable inferir que para el momento en que finalizó el contrato el actor ya contaba con el capital necesario para financiar la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, concuerda con el dicho del testigo Cesar Sánchez quien prestó servicios a la demandada durante 34 años, como Gerente de Recursos Humanos para la Región Andina, por ello conoció al demandante y aseguró que en su carpeta figuraban documentos que acreditaban que desde el año 1995 disfrutaba de asignación de retiro de las fuerzas militares, que su contrato de trabajo terminó por reestructuración de la compañía y que se le pagaron todos los derechos laborales a los que era merecedor. En adición informó que la compañía realizó un cálculo en el que pudo determinar que el capital que tenía acumulado el trabajador en el fondo privado le permitiría en ese momento acceder a una mesada del 110% del salario mínimo.

Conto todo, recuerda la Sala que la estabilidad laboral que se predica en favor de los prepensionados requiere de la demostración que la terminación del contrato frustra el reconocimiento pensional y además que la misma conduce a la vulneración de derechos fundamentales, situación está última que tampoco se acreditó, pues aunque se alega que se afectó su mínimo vital lo cierto es que el actor goza de asignación de retiro de las fuerzas militares en grado de Teniente Coronel, según admitió al rendir declaración de parte. En adición está demostrado que le fue cancelada junto con la liquidación final, indemnización por despido injustificado en la suma de \$195.880.173 (fl. 17). Así las cosas, el salario que percibía de \$23.129.525, no era su única fuente de ingreso y no demostró que la pensión que disfrutaba desde 1995, fuera insuficiente para vivir en condiciones dignas.

En consecuencia, el demandante incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa

del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no demostró ostentar la calidad que invocó para obtener la estabilidad laboral reforzada a la que aspira, tal como acertadamente concluyó la jueza de primera instancia por tanto no hay lugar a modificar la decisión absolutoria.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

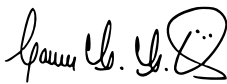
R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de agosto de 2021.

SEGUNDO No se causan costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

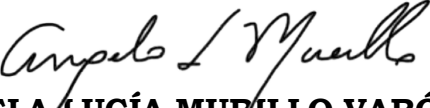
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Radicación n.º 1100131050 09 2019 00630 01.

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
009 2019 00630 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 11 2017 00594 01.
DEMANDANTE: PEDRO JULIO MENDOZA DAZA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de abril de 2021. También el grado de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare que se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones desde 1998, en consecuencia se condene a la demandada a pagarle *«los dineros que legalmente le corresponden por capital acumulado en su cuenta de ahorro individual junto con los intereses y rendimientos por devolución de saldos y el valor del bono pensional»* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó servicios al Distrito Capital por espacio de 18 años, periodo durante el cual cotizó al Foncep, entidad que en virtud de sentencia del 26 de agosto de 1998, le reconoció pensión sanción a partir del 11 de enero de 2005, data en que cumplió 50 años de edad. Refirió que se afilió como independiente al Instituto de Seguro Social y realizó aportes hasta el 2012. Colpensiones mediante Resolución GNR 198219 del 1 de agosto de 2013 le negó la *devolución de cotizaciones*, bajo el argumento que se encontraba

pensionado y los recursos debían utilizarse para financiar dicha prestación (fls. 2 a 7).

Colpensiones se opuso a las súplicas. Admitió la afiliación de la demandante al Instituto de Seguros Sociales, la reclamación administrativa y la resolución mediante la cual se negó el reconocimiento de la prestación deprecada. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de cosa juzgada, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses argumentó que a la demandante le fue reconocida pensión por la Secretaría de Hacienda Distrital de jubilación que es incompatible con la prestación que ahora reclama (fls. 33 a 42).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

PRIMERO: DECLARAR que al ciudadano Pedro Julio Mendoza Daza le asiste el derecho al reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez a cargo de la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de conformidad a los argumentos esbozados en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la entidad demandada Colpensiones a pagar a favor del demandante Pedro Julio Mendoza Daza una indemnización sustitutiva de pensión de vejez por la suma de \$15'575.658, suma que se deberá cancelar de manera indexada a la fecha de pago, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones impetradas en su contra.

CUARTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva, en especial las de cosa juzgada y prescripción, conforme a los argumentos esbozados en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, liquidense por secretaría la suma de \$500.000 como valor en que se estiman las agencias en derecho, conforme a los argumentos normativos expuestos en la parte motiva de este proveído.

QUINTO (sic): ENVIAR las presentes diligencias a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad demandada, en caso de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal y en conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta sentencia, la cual, al haberse emitido de carácter oral y a través de estos medios tecnológicos, queda legalmente notificadas las partes.

Básicamente, señaló que por su naturaleza la pensión sanción que disfruta el actor es independiente y *nada tiene que ver* con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pues aquella propende por la estabilidad en el empleo y no por cubrir las contingencias de invalidez, vejez y muerte, por tanto el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación deprecada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada arguyó que la prestación otorgada es incompatible con la prestación que el Foncep reconoció al actor, en cumplimiento de sentencia emitida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, pues en el acto administrativo quedó consignado que es incompatible con cualquier asignación del erario; en igual sentido el Decreto 1730 de 2001, señala que la indemnización sustitutiva es incompatible con las pensiones de invalidez y vejez.

De otro lado, sostuvo que el demandante cotizó al Instituto de Seguros Sociales, pero en el régimen subsidiado. Finalmente que debe ser absuelto de pagar costas del proceso

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si el demandante tiene derecho al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez pese a ostentar la condición de pensionado por parte del Foncep.

El Decreto 1730 de 2001 que reglamenta el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, dispone en el literal a) de su artículo 1 que habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las administradoras del régimen de prima media con prestación definida cuando el afiliado se retire del servicio con el cumplimiento de la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez, además de declarar su imposibilidad de seguir cotizando.

Más adelante, el referido precepto legal en el artículo 6 dispone que salvo lo previsto en el artículo 53 del Decreto 1295 de 1994, las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez, además que las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto.

Considera la Sala que esta norma debe ser entendida en el sentido que no es posible que una misma entidad y con base en idénticas cotizaciones o tiempos de servicio reconozca una pensión de vejez o invalidez y al mismo tiempo conceda una indemnización sustitutiva. No obstante, lo que se plantea en el caso bajo estudio es bien diferente, pues se persigue el reconocimiento de la indemnización en relación con los aportes efectuados directamente a la demandada por el accionante como independiente – régimen subsidiado p desde el 1 de abril de 1998 hasta el 30 de junio de 2012, que suman 708.14 semanas (fls. 18 a 20).

Pues bien, se encuentra demostrado que el demandante es beneficiario de una pensión sanción reconocida por Bogotá Distrito Capital en cumplimiento de un fallo judicial proferido por el Juzgado 13 Laboral

del Circuito de Bogotá, confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá, así se verifica en la Resolución n.º 2392 de 5 setiembre de 2005 (fls. 8 a 12).

Respecto de la pensión sanción en sentencia con radicación n.º 45545 de 6 de septiembre de 2011, que rememoró lo dicho en la decisión judicial radicación n.º 30766, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señaló que:

las pensiones especiales de jubilación reguladas por el citado artículo 8º de la Ley 171 de 1961, se causan desde el mismo momento en que el trabajador es despedido injustamente con más de 10 o 15 año de servicio que corresponde a la - pensión sanción -, o cuando se produce el retiro voluntario después de 15 años de servicio que atañe a la llamada - pensión por retiro voluntario -, **sin que interesa cuál haya sido el tiempo laborado hasta la fecha en que el Instituto de Seguros Sociales asumió el riesgo de vejez, pues dichas pensiones son independientes a las que deba reconocer el ISS y corren a cargo exclusivo del empleador...**

Conforme a lo anterior, se advierte que la pensión sanción reconocida al demandante es independiente a las prestaciones a cargo de Colpensiones, al punto que el pago de esta se efectúa a través del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C.

Incluso si se prescindiera de lo expuesto y se alegara que bajo la Ley 100 de 1993, que sistematizó y armonizó el sistema pensional en Colombia no es posible la asignación de dos pensiones que cubran un solo riesgo, independientemente del origen de los servicios prestados, se debe precisar que en este evento, no se trata de dos pensiones, en tanto que corresponde a dos prestaciones -pensión sanción e indemnización sustitutiva de vejez - que, además, abrigan diferentes contingencias, pues, las pensiones del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 se establecieron para garantizar la estabilidad del trabajador y no para proteger las contingencias de vejez, invalidez o muerte, tal como sucede con las prestaciones del régimen de prima media con prestación definida según lo consideró la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación 28733 del 12 de febrero de 2007.

En el caso bajo estudio, se corrobora con la copia de cédula de ciudadanía y registro civil (fls. 16 y 17), que el demandante nació el 11 de enero de 1955, por lo que cuenta con más de 67 años de edad, es decir,

supera la edad mínima de pensión, sin cumplir con las semanas para acceder a la pensión de vejez. Igualmente, se entiende que manifiesta su voluntad de no seguir cotizando con las solicitudes efectuadas directamente a la demandada y con la interposición de la presente demanda, por tanto, el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva.

Realizadas las validaciones correspondientes, se determina que la indemnización sustitutiva asciende a \$12.258.449, es decir, una suma inferior a la determinada por el juzgado de conocimiento, que lo fue de \$15.575.658, por lo que la decisión analizada en el grado de consulta se modifica, dado que surte en favor de la entidad demandada.

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1998	240	31,210	93,110	2,983	\$ 203.825,00	\$ 608.079,00	\$ 4.864.632,00
1999	234	36,420	93,110	2,557	\$ 236.460,00	\$ 604.525,00	\$ 4.715.295,00
2000	360	39,790	93,110	2,340	\$ 260.100,00	\$ 608.643,00	\$ 7.303.716,00
2001	360	43,270	93,110	2,152	\$ 286.000,00	\$ 615.425,00	\$ 7.385.100,00
2002	360	46,580	93,110	1,999	\$ 309.000,00	\$ 617.668,00	\$ 7.412.016,00
2003	360	49,830	93,110	1,869	\$ 330.083,33	\$ 616.778,00	\$ 7.401.336,00
2004	360	53,070	93,110	1,754	\$ 355.833,33	\$ 624.301,00	\$ 7.491.612,00
2005	360	55,990	93,110	1,663	\$ 379.541,67	\$ 631.169,00	\$ 7.574.028,00
2006	360	58,700	93,110	1,586	\$ 405.791,67	\$ 643.667,00	\$ 7.724.004,00
2007	360	61,330	93,110	1,518	\$ 431.558,33	\$ 655.183,00	\$ 7.862.196,00
2008	360	64,820	93,110	1,436	\$ 459.183,33	\$ 659.589,00	\$ 7.915.068,00
2009	360	69,800	93,110	1,334	\$ 493.950,00	\$ 658.907,00	\$ 7.906.884,00
2010	360	71,200	93,110	1,308	\$ 513.491,67	\$ 671.506,00	\$ 8.058.072,00
2011	360	73,450	93,110	1,268	\$ 533.883,33	\$ 676.785,00	\$ 8.121.420,00
2012	163	76,190	93,110	1,222	\$ 560.976,07	\$ 685.556,00	\$ 3.724.854,00
Total días	4957	Total devengado actualizado a				2017	\$ 105.460.233,0
Semanas Cotizadas S.C.	708,14	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 148.925,08
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					11,624%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				2017	\$ 12.258.449,00

Ahora, si bien el demandante cotizó para pensiones como beneficiario del régimen subsidiado, ello no obsta para negar su derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pues la norma que prevé esta prestación no establece tal exclusión. Con todo no puede olvidarse que aun en este régimen el afiliado contribuye, aunque sea en menor medida con el aporte, persiguiendo el reconocimiento de la pensión de vejez y al no acreditar el requisito de semanas, tiene derecho a la indemnización que le sustituye en la protección a la vejez.

Estima la Sala que no es procedente absolver a Colpensiones de la condena en costas como quiera que artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará en costas a la parte vencida en juicio, por lo que no hay razón alguna para absolver a la demandada por este concepto, pues al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones en el libelo introductorio y resultó condenada.

No se causan costas en el grado de consulta ni en la instancia.

VI. DECISIÓN

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

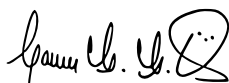
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 21 de abril de 2021 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez debe ser reconocida a la demandante en la suma de \$12.258.449

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia consultada.

TERCERO: Sin costas en el grado de consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Salvo voto
011 2017 00594 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 15 2019 00813 01
DEMANDANTE: EWIN ANTONIO GÓMEZ MÁRQUEZ
DEMANDADO: CONCRETOS ARGOS S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de julio de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para se declare que la demandada dio por terminado el contrato de trabajo sin haber agotado el procedimiento legal y reglamentario. En consecuencia se condene a reintegrarlo sin solución de continuidad al mismo o mejor cargo que tenía al momento de la desvinculación, con el pago indexado de salarios, prestaciones legales y extralegales y aportes a seguridad social, más las costas del proceso. Subsidiariamente solicitó condenar a la demandada a pagar debidamente indexada indemnización convencional por despido injustificado y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 17 de junio de 2014 se vinculó a Concretos Argos S.A. mediante contrato de trabajo a término fijo superior a un año para desempeñarse como ayudante de bomba, percibió como último salario \$1.170.764. Refirió que mediante comunicación del 12 de junio de 2019, fue citado descargos por presunta ausencia al trabajo por media hora, pero no le fueron entregadas las

pruebas para poder controvertirlas. La diligencia se adelantó el 21 del mismo mes y año y el 5 de julio de 2019, la demandada puso fin al contrato aduciendo que *«se ausentó de la obra y suspendió sus labores de bombeo sin informar»*.

Adujo que la causal no se configuró, el hecho no fue presenciado por varias personas, no es cierto que el cliente hubiera enviado algún informe en el que se indicara *«destinó mucho más tiempo para ejecutar labores distintas a sus labores durante la prestación del servicio»*. No es cierto que se haya afectado la continuidad de la relación comercial con la empresa o se haya generado perjuicio comercial a la compañía.

Señaló que el empleador no siguió el procedimiento establecido en el reglamento interno de trabajo para dar por terminado el contrato, además que la conducta por él desplegada no está consagrada como justa para dar por terminado el contrato de trabajo. Indicó que pese a que solicitó mediante derecho de petición las pruebas que tomó en consideración la demandada, éstas fueron negadas (fls. 3 a 6).

Al dar respuesta, la convocada a juicio se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió el cargo desempeñado, la remuneración percibida, que la diligencia de descargos se adelantó el 21 de junio de 2019 y la data de terminación del contrato. De los demás hechos dijo que no son ciertos. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción y compensación Argumentó que el demandante se ausentó de su lugar de trabajo sin autorización de su superior lo que ocasionó retraso en la desconexión de la tubería y posteriormente su instalación para fundir elementos de concreto. Incumplió gravemente la obligación de realizar personalmente la labor en el lugar, tiempo y horario señalado por la empresa. En adición amenazó al ingeniero del cliente por haber puesto en conocimiento el hecho, lo que condujo a que dicha empresa expresa su deseo de no mantener relaciones comerciales con Argos. Expuso que previo al despido se adelantó el proceso correspondiente que permitió establecer la comisión de varias faltas por parte del trabajador (fls.53 a 64)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de julio de 2021, resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la demandada CONCRETOS ARGOS S.A. de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción por el señor demandante Ewin Antonio Gómez Márquez, en estos términos DECLARAR demostradas pues las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y configuración de una justa causa de despido conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte actora para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a UN (1) SMLV para el año 2021.

TERCERA: Si la presente providencia no fuere impugnada ser remitirá las diligencias al superior para efectos de que la revise en el grado jurisdiccional de consulta dado el resultado totalmente desfavorable para las pretensiones de la parte actora.

En lo fundamental indicó que el reglamento interno no dispone un procedimiento especial para despedir al trabajador y no puede darse alcance al establecido para imponer una sanción disciplinaria. Resaltó que en todo caso, la empresa escuchó al trabajador en descargos y con ello le brindó garantías, por tanto estimó que no era procedente ordenar el reintegro. De otro lado, concluyó que en el contexto particular en que se dio la ausencia del trabajador, implicó traumatismo en la ejecución de la labor. También estableció que el actor llamó al cliente a quejarse por haber puesto en conocimiento de la empleadora su ausencia, conducta que estimo delicada. En consecuencia, determinó que la demandada logró demostrar las justas causas que invocó para poner fin al contrato de trabajo.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante imploró revocar la decisión al argumentar que lo único que se demostró en el proceso fue la ausencia máxima de 17 minutos con la anuencia de varias personas que si bien no eran el jefe inmediato si tenían un nivel de decisión superior y eran representantes del empleador. Sostuvo que tenía derecho a tomar sus alimentos. Se apartó del contexto dado por el despacho a la situación, pues en el momento en que se ausentó no estaba prestando el servicio, sino en una pausa, pues por circunstancias de la obra debieron parar, según lo informaron los

testigos *Jorge y Salomón*. Arguyó que la conducta desplegada no está catalogada como falta grave que dé lugar a la terminación del contrato. Señaló que la demandada no demostró haber sufrido perjuicios.

De otra parte, en cuanto al reclamo que se hizo al ingeniero no hay prueba distinta al dicho de esta persona que estaba molesta. Sostuvo que la demandada no demostró que más allá de la llamada se haya presentado una amenaza en tono desobligante. Lo que se evidencia es que el ingeniero *exageró* la situación y el tiempo de ausencia, porque su empresa debía pagar una suma de dinero.

Indicó que aunque el despido no es sanción disciplinaria, el trabajador debe contar con garantías mínimas, pero en este caso no se configuraron, pues la diligencia de descargos fue una mera formalidad, en la que no tuvo la oportunidad de controvertir nada y el testigo apenas fue una persona que estuvo en la diligencia, que no le ayudó a controvertir los hechos por los cuales estaba siendo cuestionado

Para resolver, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación con apego a lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social. Por tanto, le corresponde dilucidar si el demandante fue despedido injustamente y, en consecuencia, si es procedente su reintegro al cargo que ocupaba o, subsidiariamente, el pago de la indemnización correspondiente.

Para el efecto, se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 17 de junio de 2014 (fls. 7 a 9) hasta el 5 de julio de 2019, data en que la demandada puso fin al vínculo (fl. 17 a 20).

Justa causa del despido

En reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral ha puntualizado que al trabajador le corresponde probar el hecho del despido y al empleador la justa causa para exonerarse de indemnizar los perjuicios (CSJ SL284-2018). Al respecto, encuentra el Tribunal que la demandada mediante comunicación de 5 de julio de 2019 (fls. 17 a 20), informó al demandante su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, indicándole que:

De acuerdo con un informe recibido el 1 de Junio de 2019 por parte del Cliente de la obra Reforzamiento Colegio Santa Teresa, esta compañía tuvo conocimiento que usted, durante su jornada de trabajo, se ausentó de la obra y suspendió sus labores de bombeo, sin informar previamente al ingeniero de la obra y sin autorización por parte de su jefe inmediato.

Así las cosas, por los hechos anteriores, usted fue llamado a rendir descargos, programándose diligencia para el día 21 de junio de 2019. De esta manera garantizamos su derecho al debido proceso, contradicción y defensa.

Una vez le notificamos la citación a descargos para conocer y esclarecer los hechos ocurridos, usted y el señor Jorge Arturo Sánchez Tinjacá, asistieron a las instalaciones de la obra Reforzamiento Santa Teresa del cliente Construcciones Zabdi SAS para intentar hablar con uno de sus funcionarios, con el fin de presentar reclamaciones sobre la queja presentada por el cliente. Al no poder hablar con ningún funcionario, procedieron a llamar a Director de la obra del cliente a su teléfono, quejándose de forma verbal, agrediendo y amenazándolo de denunciarlo penalmente.

Es menester mencionar que estos hechos fueron evidenciados por sus compañeros y varios funcionarios de empresa cliente

En dicha diligencia, usted reconoció expresamente que, una vez iniciado el proceso de bombeo, usted se ausentó junto al otro ayudante de bomba de sus labores, dentro de su jornada de trabajo, sin autorización de su jefa inmediata, la ingeniera Adriana Moreno, todo esto con el fin de tomarse un tinto, acto para el cual usted supuestamente destinó cinco minutos.

Sin embargo, con ocasión del informe rendido por el cliente de la compañía, se evidenció que usted destinó mucho más tiempo para ejecutar actividades distintas a sus labores durante la prestación de sus servicios.

Dicha conducta NO es de recibo de la compañía, en tanto, esperamos, de cada uno de nuestros colaboradores, un comportamiento y ejecución de sus labores de manera ejemplar y ajustada a las políticas y reglamentos internos de la compañía, inclusive, esperábamos de usted una mayor diligencia, responsabilidad y compromiso en el cumplimiento y ejecución de sus funciones como Ayudante Bomba.

Como corolario, su accionar frente al cliente ha ocasionado graves perjuicios comerciales. en contra de nuestra compañía, al punto que a la fecha es insegura la continuidad de la relación comercial con la empresa cliente. Lo anterior, también genera incertidumbre sobre sus demás compañeros que laboran en esta obra, toda vez que su conducta negligente pone en riesgo la fuente de empleo.

Contrario a lo que se esperaba de usted, su accionar resulta altamente reprochable. debido que violó sus obligaciones especiales como trabajador contempladas en el C.S.T. particularmente las de realizar personalmente la labor, en los términos estipulados, observando los preceptos del reglamento, acatando y cumpliendo las órdenes e instrucciones que de modo particular le imparta el empleador.

Adicionalmente, cometió violaciones a sus obligaciones especiales como empleado de conformidad con el Reglamento Interno de Trabajo, particularmente las siguientes i) Guardar buena conducta en todo sentido y obrar con espíritu de especial colaboración en el orden moral, social y disciplina general de la Empresa (numeral 3 Artículo 44 del RIT); ii) Comunicar oportunamente a la empresa las observaciones que estimen conducentes a evitarle daños y perjuicios (numeral 5 artículo 48 del RIT y artículo numeral 5 artículo 58 del CST), ii) Recibir y aceptar las órdenes, instrucciones y correcciones relacionadas con el trabajo y con la conducta en general en su verdadera intención que es la de encaminar y perfeccionar los esfuerzos en provecho propio y de la empresa en general (numeral 7 Artículo 44 del RIT); iii) Permanecer durante la jornada de trabajo en lugar visible del sitio donde debe desempeñar su oficio, no pudiendo por consiguiente salvo orden del superior o por requerirlo el servicio pasar a otras dependencias de la empresa o ausentarse de su puesto (numeral 8 artículo 44 del RIT); v) realizar personalmente la mano de obra en los términos estipulados; observar los preceptos de este reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la empresa o sus representantes, según el orden jerárquico establecido (numeral 1 artículo 48 del RIT y numeral 1 del artículo 58 del CST); vi) Dar cumplimiento al contrato de trabajo de manera cuidadosa y diligente en el lugar, tiempo y demás condiciones acordadas y asistir con toda puntualidad al trabajo, según el horario señalado por la Empresa (numeral 10 artículo 48 del RIT) ; vii) Tratar a los superiores, compañeros de trabajo, clientes de la Empresa y público en general con respeto y cortesía (numeral 11 artículo 48 del RIT); viii) Disminuir intencionalmente el ritmo de ejecución del trabajo, suspender labores, promover suspensiones temporales del trabajo e incitar a su declaración o mantenimiento, sea que se participe o no en ellas (numeral 5 del artículo 50 del RIT); ix) Abandonar el trabajo sin previo aviso al respectivo superior (numeral 11 artículo 50 del RIT); x) Irrespetar o dar mal trato al personal de vigilantes, de aseo o cafetería, u otros servicios, sean éstos o no trabajadores de LA EMPRESA (numeral 28 artículo 50 del RIT)

Adicionalmente, cometió conductas contempladas como faltas graves en el Reglamento interno de Trabajo, especialmente la de cometer una violación grave o reiterada de las obligaciones especiales o prohibiciones legales reglamentarias o contractuales (artículo 59 del RIT).

A solicitud de la parte demandante fue decretado y escuchado el testimonio de Jorge Arturo Sánchez Tinjacá quien manifestó que presta servicios a la demandada desde octubre de 2011, como ayudante de bomba, fue compañero del demandante ambos desempeñaron el mismo oficio, por esta razón sabe que el ingeniero de una obra en la que estaban fundiendo dijo que se habían evadido, lo cual no corresponde a la realidad, y explicó que la obra se encontraba parada porque un muro se abrió y esta circunstancia hacía demorar el descargue, solicitaron autorización para ir a tomar tinto y esta les fue dada por el maestro de obra y el operador de la máquina. En ese momento llegaron tres vehículos de viajes de material y el ingeniero se molestó porque señaló que no iba a alcanzar el tiempo para descargar, esto que no se dio porque la tarea se completó adecuadamente en dos horas.

Refirió que este ingeniero era de la obra, no empleado de la demanda *«nosotros en ningún momento lo vimos en la mañana, desde que instalamos desde que empezamos a hacer la labor nunca lo vimos. Solamente lo vimos en el momento que él estaba llamando a Argos diciendo que nosotros llevábamos media hora por fuera»*. No obstante, después dijo *«nosotros ni siquiera sabíamos que él había hecho un reporte, nosotros lo que llegamos fue a seguir haciendo nuestra labor»* Más adelante señaló *«cuando el ingeniero estaba ofuscado se desquitó conmigo empezó a regañarme a mi solo, no a mi compañero Ewin sino a mi solo»*

Sostuvo que por el horario en el que se ejecutan las funciones no tienen un periodo de tiempo especificado para desayunar o almorzar, lo hacen cuando se puede, cuando les dan permiso o cuando la obra para en algún momento *«muchas veces las obras no paran, hacen relevos entre ellos, pero nosotros no lo podemos hacer, no podemos uno irse y el otro quedarse porque en los documentos que nosotros firmamos acá el trabajo lo debemos hacer entre dos personas porque nos podemos lastimar, porque la tubería pesa 50 kilos»*. Informó que junto con el demandante se tomaron el tinto entre 5 y 6 minutos, pero entre el momento en que pidieron permiso fueron y volvieron transcurrieron unos minutos más. Refirió que cuando regresaron continuaron ejecutando su labor al hombro y que los avanteles asignados estaban dañados y de esta situación tenía conocimiento la empresa.

A solicitud de la demandada fueron practicados los testimonios de Salomón Cañón, Diana Margarita Bechara Garcés, Juan Pablo Alarcón Guarín. El primero manifestó que presta servicios a la demandada desde hace 24 años como operario de maquinaria pesada. Conoció al actor porque fue ayudante. Indicó que el día de los hechos llegaron al lugar de prestación del servicio él se ocupó de su máquina y el actor y su compañero de los accesorios acercándolos al lugar en que se iba a entregar el concreto. Expuso el testigo:

se empezó el servicio hasta el primer punto, porque eran varios puntos donde se tenía que entregar el concreto. Entonces se entregó el primer punto, se paró el servicio en el momento porque ellos tienen un tipo como de cajas, como de mezcladoras a donde se echa el concreto entonces se llenó y pararon, entonces el muchacho con el otro compañero se acercaron y me dijeron que pararon un momento porque ya se llenó el *mezcladero* que tocaba esperar, que entonces que

iban a tomarse un tinto, dije listo, me dijeron ¿va?. Yo les dije: No háganle que yo me quedo aquí pendiente, yo estoy aquí pendiente. Listo, ellos salieron a tomarse su tinto, ellos me habían dicho que al frente de la obra, pero entonces dio la casualidad que estaba cerrado, pues ellos se dirigieron hacia otro punto.

Bueno ahí estuvimos un buen rato esperando con el de la mixer mientras que allá trabajaban con su concreto los de la obra y aproximadamente como unos 8 o 10 minutos me dijo el maestro de la obra que prosiguiéramos el bombeo. Entonces pues proseguimos, pero fue muy poco porque se les volvió a llenar. Entonces ya dijo el maestro que si le podíamos trasladar los accesorios la tubería para otro punto. Entonces, pues listo le dije listo maestro ya permítame ya le comento a mis compañeros, dijo si porque es que aquí no los veo, le dije listo ya, pues yo salí la verdad a mirar donde estaban mis compañeros, pero en el momento no los vi, trascurió eso más o menos yo haciendo esa operación de búsqueda de ellos por hay unos 12,15,17 minutos más o menos, cuando pues ellos aparecieron y entonces le dije vea que mire que tal que toca correr la tubería que esta cuestión que hay un poco de como del director esta como un poco de mal genio que tal que pascual y se prosiguió. Entonces ellos hicieron su traslado para el sitio que era al que tocaba seguir y proseguimos el servicio prácticamente eso fue más o menos así el tema así es.

El testigo aseguró que los ayudantes, como se hacía en el día a día, le informaron que se ausentarían y él no vio problema porque así se ha hecho siempre. Ilustró que solo se pedía permiso a la jefe cuando se trataban de ausencias mayores. Señaló que el día de los hechos el ingeniero se acercó molesto y le preguntó por sus compañeros, él trató de tranquilizarlo y le informó que ellos habían salido a tomar tinto, pero que ya venían, en respuesta el ingeniero le dijo que iba a hacer una reclamación. Cuando el demandante y el otro ayudante entraron les puso de presente la situación y también llamó a la jefe y se la comentó. Salomón Cañón además indicó que como la tubería estaba llena para cumplir la petición de la usuaria requería de la colaboración de los dos ayudantes y su ausencia hizo que la operación se retrasara 20 minutos, pero esto no tuvo ningún *impacto grande*.

Dijo recordar que para efectos de descanso están previstos 15 minutos en la mañana, media hora de almuerzo y 15 minutos en la tarde, pero no hay un instructivo, pues hay un tiempo variable en la operación lo que dificulta un horario «*nos toca aprovechar de pronto los espacios que queden, por ahí si los pequeños espacios que queden*». Luego aclaró que en la operación no es posible ausentarse.

El testigo Juan Pablo Alarcón expuso que presta servicios a la demanda hace más de 13 años, el Coordinador Nacional de Programación y Despachos. Señaló que el sistema arrojó alerta por demora en los

tiempos de permanencia de los camiones, por esta razón llamaron al cliente y este manifestó que el retraso en el descargue obedecía a la ausencia del personal del equipo de bombeo por espacio de 30 minutos. Señaló que esto afecta la imagen frente al cliente en términos comerciales, también a la propia empresa en términos logísticos pues las operaciones se programan con el tiempo justo para que sean productivas y rentables. Explicó que cuando el cliente genera el retraso se le conceden unos minutos para finalizar el descargue, si estos no se cumplen, el producto en camiones se retira, lo implica para aquel, costos adicionales, pues de todas formas se cobra el concreto y la adición por su desecho.

Dijo que los tiempos de descanso no pueden ser tomados a discreción, sino que deben ser acordados con el líder de equipó, que pueden oscilar entre 15 minutos de descanso, 30 minutos de almuerzo o una hora de almuerzo depende la función y la jornada que se ejecute.

Por su parte la testigo Diana Margarita Bechara Garcés dijo que es empleada de la demandante desde 2015, es Jefe de Entrega a su cargo esta la coordinación del personal y equipos de bomba. Dijo que conoció al demandante como ayudante de bomba, para ese entonces ella era profesional de obra, supo de los hechos que motivaron la terminación del contrato por comentarios de quienes tuvieron a cargo la situación, pero no los presencié. Desde su cargo sabe que la compañía tiene establecido un término de 30 minutos para consumir alimentos los cuales son tomados *«de acuerdo al avance del descargue, porque depende de cómo están descargando, depende de si hay atraso, depende si de descargar y hay un tiempo de espera para la próxima mixer, ellos pueden decidir en qué momento a medida que se vaya desarrollando su servicio de bombeo cuando tomar estos alimentos»* Luego al preguntársele si en el proceso de bombeo le era permitido a los ayudantes ausentarse informó:

No, no al no ser que me notifique, ósea tiene que pasar, tiene que informar al jefe directo el motivo del por qué se va ausentar y toca ver como se remplaza esa persona, porque el bombeo no se ha terminado con el armado el bombeo, se termina cuando ya se termine de descargar todo el concreto y ya la obra diga termine y ellos proceden a lavar y ahí en el proceso de lavado vuelven y se necesitan otra vez los dos ayudantes, se necesitan durante todo el proceso. Ellos no se pueden retirar porque en cualquier momento se requiere mover un tubo, se requiere porque se estalla un tubo o la manguera se requiere cambiar el tubo o la manguera, porque necesitamos desarmar y volver armar se requiere y esos

momentos no los tenemos contemplados, ósea no tenemos dicho que va a pasar a la 1, las 2 o las 3 no, ósea tienen que durar durante todo el bombeo ellos tienen que estar atentos.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que el 1 de junio de 2019 estaba asignado a la obra Colegio Santa Teresa del cliente Zabdi S.A.S, que su jefe era Adriana Moreno. Admitió que se ausentó de su puesto de trabajo en compañía del otro ayudante, pero informó que lo hicieron con autorización del maestro y de Salomón Cañón. También saber que el ingeniero residente de construcción Zabdi S.A.S., Julio Cortés había puesto una queja. Al respecto, confesó que lo llamó y que lo hizo *«no en sentido de reclamación lo llamé para pedirle excusas sobre lo sucedido, no fue más»* explicó que lo buscaron en la obra, pero el no estaba y el teléfono se lo proporcionó el SISO. Aceptó que ninguna persona de la empresa le dio autorización para realizar esta llamada. Manifestó que en la diligencia de descargos presentó como testigo a Jorge Tinjacá, pues el señor Salomón no quiso hacerlo.

La demandada allegó grabación de llamada telefónica en la cual un ingeniero se comunica para quejarse porque pidió le enviaran 3 mixer con intervalos de una hora entre cada una, no obstante llegaron muy seguidas, la última programada para las 10:00 a.m. llegó a las 9:00 a.m. y no tenía como descargarlas, además puso de presente que los operarios de bomba sin permiso se habían retirado del lugar del trabajo por espacio de 30 minutos, veamos:

Ingeniero: Bien Paola como estas, mira Paola lo que pasa es que te voy a decir hice un pedido con bomba a obra de 20 cubos, con intervalos de 50 minutos iniciando las 8. Y resulta que ya tengo los tres carros acá, no puedo recibirlos. O sea, el primer carro me llegó a las 8 no hay problema, ese es el que estoy descargando, pero hace 10 minutos me llegaron los otros dos carros y no los puedo tener acá en obra.

Paola Melo: ¿Cómo vamos con la mixer 804? Con la primera que le llegó hace 40 minutos.

Ingeniero: Pues estamos aquí descargándola, por eso es que pedí intervalo. Si acaso digámonoslo así me puedo aguantar subiendo el segundo carro porque ya van a ser 9 y se supone que tenía que llegar aquí a las 9. Pero el otro, el tercer carro que me llegó ahoritica no tengo como recibirlo. O sea, de aquí a que, a que los chinos se me, se me muere ese concreto
(...)

Ingeniero: No, es que tengo otra queja, los operarios los ayudantes de la bomba se salieron de la obra y se demoraron 30 minutos por fuera. Y hasta ahoritica 5 minutos 10 minutos pudieron eh, hacer el cambio de tubería, entonces eso me atraso. Y adicionalmente tengo el tercer carro acá.

Paola Melo: O sea el atraso es de nosotros, inge el atraso que usted tiene en obra en este momento es de nosotros, me dices.

Ingeniero: SI, porque los señores ayudantes se salieron sin permiso. Y entonces claro yo ya necesitaba cambiar la bomba... eh la tubería de sumisión y los señores

no estaban en obra. Entonces hasta que se fueron y se buscó, porque ni siquiera llegaron están haciendo el cambio o sea hace...¿hace cuanto llegaron hacer ese cambio, 10 minutos? Si hace como 10-5 minutos empezaron hacer otra vez el cambio, pero me tuvieron, pero me tuvieron la obra quieta media hora porque no estaban.

(...)

Ingeniero: Listo ya, nos vamos a arriesgar aquí ya me dijeron que nos arriesgáramos con ese carro, entonces listo ya no hay lio. Digamos que ya lo solucioné.

Paola Melo: Listo inge, de igual manera pues ya le hago la observación a los operarios de la bomba, pues porque de todas maneras ellos si tienen que estar super pendientes

Ingeniero: Si por favor, eso sí quiero que quede claro porque me parece una falta de respeto que esos señores se salgan y que dejen la obra, así como si nada, y además que desafortunadamente hoy sí había muchos movimientos, entonces se fueron y nada como si nada. Entonces por favor, sí quiero esa queja formal.

Ahora, al rendir diligencia de descargos Ewin Antonio Gómez Marques dijo que no conoce el Reglamento Interno de Trabajo, pero aceptó que está publicado en la planta. Admitió que se ausentó del lugar de trabajo, pero puso de presente que lo hizo cuando la obra estaba parada y no sin antes informarlo tanto al operario de la bomba como al maestro de obra. De otra parte, admitió que junto con el otro ayudante de obra fue a buscar al ingeniero que puso la queja.

31. Tenemos información posterior a la reclamación del cliente que fueron dos empleados de Argos a buscar al director de la obra, usted tiene algo que decir al respecto?

R / Si señora fuimos con Jorge a reclamarle y preguntarle el motivo por el cual hizo la reivindicación, porque él dice que fue media hora y cosa que no fue así porque de irnos al sitio donde tomamos el café o a la obra no creo.

32. ¿Tenemos información del cliente que fue llamado para reclamarle por haber colocado la queja y según la persona haberlo afectado en su trabajo, él igual recibió amenazas por parte de la persona que llama, usted tiene algo que decir al respecto?

R/ Si se llamó al ingeniero preguntándole lo que había dicho porque tenía una queja contra nosotros, pero no fue en tono de amenaza.

33. ¿En qué términos lo hiciste?

R/ Serenamente, se hizo de mi teléfono y llamo Jorge fue el que habló con el cliente junto a mi Adriana indica que al cliente se le da una respuesta formal de una reclamación ese es el mecanismo de manejo de un reclamo no que el colaborador lo llame directamente.

34. Usted sabe que efectos ha tenido esto en el buen nombre de la compañía y con relación a la continuidad del cliente en compras de nuestros productos?

R/ No La ingeniera Adriana que al cliente se le da una respuesta formal y que el cliente manifestó que no está interesado en seguir trabajando con nosotros, la cliente está sorprendida por el tema de la llamada y la visita que recibió, él no tiene que por verse involucrado en los temas internos de manejo del protocolo.

La demandada también aportó correo electrónico adiado del 17 de junio de 2019, enviado por director.bogota@zabdi.com.co que corresponde

al Ingeniero Julio Alexander Cortes Rojas Director-Bogotá en el que pone de presente a Adriana Moreno Almacenista Bogotá:

Buenas Tardes Adriana

Como te conté el día de hoy, estoy muy sorprendido debido a que uno de los auxiliares de la bomba me llamo el día viernes 14-06-2019 en horas de la tarde para hacerme un reclamo porque me comuniqué con ustedes y puse la queja de lo sucedido el día 01 de junio de 2019 (ausencia de auxiliares de bomba en el primer descargue de carro de concreto).

No sé cuál de los dos auxiliares me llamo, pero de acuerdo a la información suministrada por portería los dos auxiliares llegaron a la obra el día viernes por la tarde a preguntarme con la carta de descargos que ustedes les entregaron.

Realmente no sé que protocolo tengan ustedes con esos casos, pero como no salí a atenderlos, buscaron mi número de teléfono y uno de ellos me llamo para hacerme el reclamo, esto me deja muy preocupado. El señor me amenazo con colocarme una demanda por calumnia y esto se pasa de cualquier contexto. Por medio de este correo solicito que se solucione este inconveniente

La demandada además aportó Manual de Funciones del cargo de ayudante de bomba en el que se indica como objetivo general *«Apoyar al operador(a) de la autobomba o bomba estacionaria en el proceso de colocación de las mezclas de concreto en las diferentes obras para cumplir con los requerimientos del cliente(a) de una manera oportuna y efectiva, dentro de los estándares de salud y seguridad.»*. dentro de sus competencias se destacan *«empuje por resultados, integralidad, Relacionamiento con otros y Vivencia de Valores»*.

Analizados en conjunto los medios antes relacionados se extrae que si bien el demandante se ausentó de su lugar de trabajo para tomar tinto tal como lo aceptó al rendir descargos y en la declaración de parte, esta conducta aunque reprochable en principio no tiene la entidad de constituirse en una justa causa de despido, ello en el entendido que el actor y los testigos incluidos los convocados por la demandada, señalaron que esta situación podía darse y que se aprovechaban los momentos en que la ejecución de las labores lo permitían, que podían tomarse 15 minutos en la mañana otros en la tarde y media hora de almuerzo. A más de lo anterior, la demandada no aportó manual o protocolo en el que se especificara el tiempo o protocolo dado la para el descanso o ingesta de alimento de los trabajadores.

Con todo, es claro que la molestia mayor del cliente al hacer la llamada inicial fue el envío de las mixer que contenían el concreto con intervalos inferiores a los que había programado y aunque puso de presente la ausencia de los trabajadores por espacio de 30 minutos, de la misma grabación se extrae que esta situación no perturbó la operación de descargue, tanto así que se *arriesgó* a recibir la mixer programada para las 10:00 a.m. a las 9:00 a.m.

Empero, la demandada logró demostrar que una vez convocado a diligencia de descargos, el demandante y su compañero de trabajo y testigo en este proceso Jorge Arturo Sánchez Tinjacá, buscaron al ingeniero Julio Alexander Cortes Rojas, empleado de Construcciones Zavdi S.A. y director de la obra, para cuestionarle el haber puesto la queja por su ausencia y como no pudieron hacerlo personalmente, buscaron su número telefónico y Sánchez Tinjacá habló con él. Pues así se extrae del dicho de testigo, del interrogatorio de parte absuelto por el actor, del acta de diligencia de descargos y del correo electrónico en que la situación fue puesta en conocimiento de la empresa.

Esta conducta es claramente reprochable y se constituye en una justa causa de despido, pues sin entrar en el detalle de establecer si la llamada fue amenazante o cordial, ni el demandante, ni su compañero de trabajo estaban autorizados por la empresa para establecer contacto con el director de la obra y representante de un cliente de Argos. Aquí importa destacar que aunque quien habló fue Sánchez Tinjacá, estaba apoyado por el demandante, este que lo acompañó a buscarlo y prestó su teléfono para realizar la llamada.

Es preciso destacar que el trabajador fue citado a descargos el 12 de junio de 2019, pero esta no pudo llevarse a cabo por incapacidad médica, por tanto fue reprogramada para el 21 de junio del mismo año, en estas citaciones la empresa le anuncia que la diligencia versará sobre el hecho de haberse ausentado media hora de su lugar de trabajo. Ahora, el ingeniero envía el correo el 17 de junio de 2019 y manifiesta que recibió la llamada el 14 de junio por hechos sucedidos el primer día del mes. A la luz de estos hechos, es claro que el actuar del demandante no se dio el día que

se retiró para tomar tinto, sino que habiendo pasado el tiempo y una vez citado decidió comunicarse con el director de la obra, hecho este último que finalmente se configura en un actuar reprochable al trabajador.

La conducta descrita consistente en cuestionar, increpar o requerir a un cliente para que le diera explicaciones sobre una queja interpuesta ante la empresa configura en una violación a los deberes del trabajador contemplados en el artículo 44 del Reglamento Interno de Trabajo:

3. Guardar buena conducta en todo sentido y obrar con espíritu de especial colaboración en el orden moral, social y disciplina general de la Empresa

7. Recibir y aceptar las órdenes, instrucciones y correcciones relacionadas con el trabajo y con la conducta en general en su verdadera intención que es la de encaminar y perfeccionar los esfuerzos en provecho propio y de la empresa en general

También va en contravía con lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 48 de la norma de trabajo empresarial

11. Tratar a los superiores, compañeros de trabajo, clientes de la Empresa y público en general con respeto y cortesía

Importa destacar que en el contrato de trabajo suscrito por las partes quedó consignado que el trabajador se obligaba a cumplir el reglamento interno de trabajo y a guardar estricta reserva y confidencialidad de todo cuanto llegue a su conocimiento por razón de su oficio o con ocasión de esta y cuyo conocimiento por otras personas pudiera causar perjuicios a Argos.

La relación laboral entre el empleador y el trabajador supone una continuada subordinación en virtud de la cual el trabajador tiene el deber de acatar las órdenes e instrucciones del empleador previstas en el contrato y en el reglamento interno, por tanto este no puede decidir por sí mismo cuales va a seguir y cuales no. Es evidente que el demandante actuó de forma inapropiada y generó malestar en un cliente que se sintió amenazado y por ello requirió a la empresa. También que el trabajador con rompió la confianza que la empresa depositó en él.

Bajo este panorama, es claro que la demandada cumplió con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues demostró al menos una de las causales que invocó para dar por terminado el contrato del actor.

De otra parte, Argos dispuso en el artículo 60 del Reglamento Interno de Trabajo el procedimiento interno disciplinario para aplicar sanciones, sin que fuere extensible para efectos del despido. Con todo, la demandada citó al señor Ewin Antonio Gómez Márquez a diligencia de descargos, escuchó su versión de los hechos, no obstante, decidió poner fin al contrato de trabajo, con lo cual se evidencia que no se configuró vulneración alguna al derecho al debido proceso, pues este proceder se aviene a lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, resulta forzoso confirmar la sentencia de primera instancia.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

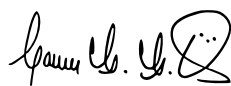
R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de julio de 2021.

SEGUNDO Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



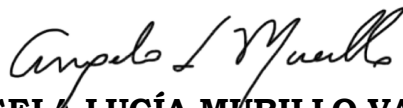
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO/ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

'15 2019 00813 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 016 2019 00638 01
DEMANDANTE: RODRIGO ANTONIO BULA NARVAEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de marzo de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare de manera principal la «*ineficacia de la afiliación (traslado)*» al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A., y válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, ordenar a la AFP trasladar a Colpensiones todos los aportes, conceptos relacionados con pensiones obligatorias, junto con sus rendimientos. A esta a afiliarlo sin solución de continuidad y reconocer la prestación a que haya lugar. De manera subsidiaria se declare la «*nullidad de la afiliación*» al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y se impongan las demás pretensiones principales. Asimismo, que se grave a las demandadas con las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 23 de abril de 1962. Se afilió al régimen de prima media a través de la Caja Departamental de Córdoba en 1991. Indicó que el 6 de septiembre de 1995 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., luego el 20 de abril de 1997, efectuó traslado horizontal a Colpatria, el 5 de octubre de 1998 a Horizonte, retornó a Colpatria el 30 de junio de 1999, a Porvenir el 17 de julio del 2000, a Horizonte el 1 de junio de 2006 y a partir del 1 de enero de 2014 y en adelante se encuentra afiliado a Porvenir S.A. Adujo que para el momento del traslado, el empleador le entregó el formulario de afiliación diligenciado para que lo firmará sin que el asesor de Porvenir S.A. le informará sobre las características de cada régimen y las consecuencias del cambio de régimen, ya que apenas le informaron que el ISS se acabaría, que el trámite de reconocimiento de pensión ante dicha entidad sería más largo, entre tanto, en el fondo privado podía efectuar aportes voluntarios. Refirió que con corte del 25 de marzo de 2019 contaba con un saldo acumulado en su cuenta pensional de \$899'185.276. Finalmente, que reclamó el traslado de régimen a las demandadas, pero fue negado (fls. 3 al 29).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento del actor, la edad del accionante, los traslados horizontales, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. Para enervar las pretensiones, argumentó que el actor gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen y se trasladó de manera libre y espontánea (fl. 113 cd, documento 1 a 13).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. De los hechos dijo que no le constan o no son ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que el traslado no tiene objeto o causa ilícita, el actor gozaba de plena capacidad para ejercer su derecho de elegir régimen pensional (fl. 174 cd, documento 1 a 35).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 9 de marzo de 2022 (expediente digital, documento 08), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que efectuara del demandante señor Rodrigo Antonio Bula Narváez, identificado con cedula de ciudadanía No. 15.043.708 y que tuviera lugar en el mes de septiembre de 1995, lo que acarrea, así mismo, la ineficacia de los demás traslados horizontales efectuados dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

SEGUNDO: Se **CONDENA** a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantía Porvenir S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones, por ante el régimen de prima media con prestación definida, incluyendo los montos que corresponden al capital, intereses, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, y en general toda suma que se haya recibido en el régimen de ahorro individual con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor del demandante.

TERCERO: Se **CONDENA** a la Administradora Colombiana de Pensiones a recepcionar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, conforme a las condenas que anteceden y reactivar la cuenta del actor y su historia laboral en el régimen de prima media con prestación definida, el cual se declara es el único en que de forma válida se ha encontrado afiliado el demandante, en el régimen pensional.

CUARTO: Se **DECLARAN** no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandando.

QUINTO: Se **CONDENA** en costas de la instancia a la parte demanda, practíquese la liquidación por secretaria, incluyendo el monto de medio (1/2) salario mínimo legal mensual vigente a cargo de la Porvenir S.A., y un cuarto (1/4) de salario mínimo legal mensual vigente a cargo de Colpensiones por concepto de agencias en derecho. Practíquese la liquidación oportunamente por secretaria.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, si bien el actor tenía conocimiento de algunos requisitos pensionales en el RPM el fondo privado era quien tenía la obligación de explicarle las diferencias entre uno y otro régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. apelaron lo resuelto.

Porvenir S.A. solicitó revocar la sentencia al argumentar que el traslado de régimen fue válido, eficaz, pues el accionante recibió una asesoría completa de las características del régimen y las consecuencias del traslado, suscribió el formulario de afiliación en los términos previstos en la ley vigente para la época y aceptó de manera tácita las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad. Indicó que el demandante admitió en el interrogatorio de parte tener conocimiento de la cuenta de ahorro individual, la generación de rendimientos y capital, además de conocer que la pensión era heredable. Señaló que el testigo Javier García Reyes admitió que en la reunión el asesor de Porvenir informó que podían retornar al RPM.

Sostuvo que los cobros adicionales por gastos de administración y seguros previsionales también habrían sido descontados en prima media. Señaló que estos recursos no integran el capital con el que se financiará la pensión, por ello, son susceptibles de prescribir. Alegó que la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto del 2019, estableció que no es procedente la devolución de los seguros previsionales pues la aseguradora cumplió con la cobertura para los riesgos de invalidez y muerte durante la vigencia de la póliza. De otro lado, las cuotas de administración compensaron la buena gestión de la AFP y su traslado generaría un enriquecimiento ilícito. Finalmente, rechazó la condena en costas.

Por su parte, Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que el demandante se trasladó de manera libre y voluntaria y recibió la información necesaria por el fondo privado al momento del traslado. La Superintendencia Financiera en circular del 2016 estableció los mecanismos para que Colpensiones y las AFP brinden una doble asesoría a los afiliados sobre el traslado y los requisitos que deben cumplir en cada régimen para acceder al derecho pensional. Durante el transcurso del proceso se probó a través del interrogatorio de parte que el demandante conocía las características de cada régimen y tuvo el tiempo suficiente

para trasladarse en tiempo, pero se sentía conforme en el RAIS y solo ahora por interés económico pretende el cambio. Finalmente, rechazó la condena en costas pues todas sus actuaciones estuvieron precedidas de buena fe.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se*

encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

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

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

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el

asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió al ISS, el 1 de julio de 1995 (fl 178, cd 98 a 105), migró al RAIS, a través de la administradora Porvenir S.A. el 1 de octubre de 1995, con la suscripción de formulario de afiliación (fl. 30), en el que se puede leer:

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

Posteriormente, se trasladó horizontalmente el 1 de junio de 1997 a Colpatria, a Horizonte el 1 de diciembre de 1998, a Colpatria el 1 de agosto de 1999, a Porvenir el 1 de septiembre del 2000, a Horizonte el 1 de agosto de 2006 y a partir del 1 de enero del 2014 y en adelante a la AFP Porvenir S.A., conforme certificación expedida por Asofondos (fl. 174, cd fl. 211).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, llegaron a su lugar de trabajo unos vendedores de la AFP Porvenir y realizaron una reunión en la cual le aseguraron que al trasladarse a un fondo privado no perdería ningún beneficio de los que ya había adquirido en el RPM y obtendría una pensión en menor tiempo, pues la Caja de Previsión Social y el ISS iban a desaparecer. Indicó él trabajaba por contratos de tiempos establecidos, por ende debía tener una buena relación con la jefe de personal, quien era esposa de un funcionario de los fondos privados y por ello se sintió obligado por su empleador a realizar el traslado mediante la firma del formulario que ya estaba diligenciado. Admitió que el asesor del fondo le informó sobre los aportes voluntarios, rendimientos financieros y sobre la posibilidad de heredar el ahorro. Informó que recibió extractos y no hizo uso del derecho de retracto porque confió en los fondos privados. Preciso no saber cómo se realizaron los traslados horizontales. Refirió que su interés en trasladarse radica en que las expectativas en el fondo privado no se cumplen y por el monto de la pensión, pues cuando una compañera accedió a la prestación pudo evidenciar la diferencia en el monto en uno y otro régimen.

A solicitud del accionante fue decretado y escuchado el testimonio de Javier García Reyes, quien manifestó que era compañero de trabajo del actor para la época de traslado. Aseguró que a las instalaciones del Hospital de La Granja llegó un asesor del fondo privado y en una reunión les informaron que el ISS iba a desaparecer y la mejor alternativa era trasladarse al RAIS, por lo cual ambos decidieron trasladarse a Porvenir S.A., Admitió que el asesor del fondo privado les informo sobre el retorno que podían efectuar al RPM. Aseguró que decidió trasladarse en tiempo a Colpensiones porque resultaba más favorable para él, pero que el accionante decidió no retornar al RPM.

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

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

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021), el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

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

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

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

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

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, las administradoras resultaron derrotadas, pues se declaró la ineficacia del traslado. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó Porvenir S.A. y a Colpensiones a pagar las costas del proceso.

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

VII. DECISIÓN

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

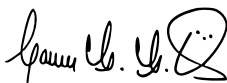
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de marzo de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

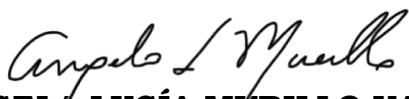


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaro voto

016 2019 00638



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 18 2019 00264 01
DEMANDANTE: SANDRA MARCELA PARRA PICO EN NOMBRE PROPIO Y EN REPRESENTACIÓN DE SU MENOR HIJO JUAN CAMILO SUAREZ PARRA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. E INTERGRA SOLUTIONS CONSULTORES S.A.S.

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demanda AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de julio de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare válida la afiliación a la AFP que realizó el causante Andrés Camilo Suarez Soto el 5 de agosto de 2009 y se tengan como válidamente cotizadas 109 semanas desde julio de 2009 a diciembre de 2012. En consecuencia, se condene a la AFP a *«volver a registrar en la Historia Laboral consolidada los aportes del empleador pagados por indicaciones de Porvenir, por omisión del empleador INTERGRA SOLUTIONS CONSULTORES S.A.S.»* correspondientes a noviembre y diciembre de 2011 y de abril a julio de 2012. También, a reconocer y pagar pensión de sobrevivientes en su calidad de cónyuge supérstite y de hijo de Andrés Camilo Suarez Soto, a partir del 13 de junio de 2014. Asimismo a pagar los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que contrajo matrimonio con Andrés Camilo Suarez Soto, fruto de la unión fue su hijo Juan Camilo Suarez Parra quien nació el 4 de julio de 2014. Su cónyuge se afilió a la AFP Porvenir mediante formulario n.º 13359987, el 5 de agosto de 2009, allí cotizó 109 semanas hasta diciembre de 2012 y falleció el 13 de junio de 2014. Refirió que en octubre de 2014, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en respuesta el fondo le concedió la devolución de saldos, por cuanto el afiliado fallecido no acreditaba el número de semanas cotizadas para acceder a la prestación. El 27 de mayo de 2016 recibió la suma de \$2.125.740.

Adujo que el 21 de diciembre de 2017, Intergra Solutions Consultores S.A.S. solicitó elaborar cálculo actuarial para los periodos noviembre y diciembre de 2011 y abril a julio de 2012. La AFP al contestar, peticionó documentos, que fueron oportunamente allegados el 23 de enero de 2018, con la reiteración de elaboración del cálculo; empero Porvenir indicó que por la naturaleza de la deuda no correspondía el pago mediante la figura solicitada y debía ser liquidada la mora por el operador Aportes en Línea, que indicó que ascendía a la suma de \$1.475.800.

Expuso que una vez efectuado el pago, el fondo incluyó en la historia laboral consolidada las 24 semanas en mora y el 27 de abril 2018, comunicó al empleador que no presentaba deuda; no obstante, el 11 de mayo de la misma anualidad, la AFP le informó a Intergra Solutions Consultores S.A.S. que los aportes pagados no forman parte integral del capital de la prestación reconocida y le solicitó un número de cuenta bancaria para proceder al reintegro, además le sugirió hacer la devolución directamente a los beneficiarios del causante.

Adujo que el 9 de julio de 2018, Porvenir expidió relación histórica de los movimientos con la cual se comprueba que el causante contaba con 58 semanas en los tres años anterior al deceso (fls. 3 a 19).

Al contestar la AFP Porvenir S.A se opuso a la prosperidad de las pretensiones, excepto a declarar la validez de la afiliación al RAIS, a Porvenir y la vinculación al momento del deceso. Admitió que el causante

estaba casado, que procreo un hijo, también que se vinculó el 5 de agosto de 2009 a esta administradora, la data del deceso, la reclamación de la prestación de sobrevivientes, la devolución de saldos, las comunicaciones en las cuales informó al empleador que el pago que realizó a través de operador, no sería tenido en cuenta y la solicitud de número de cuenta bancaria para realizar el reintegro. Propuso la excepción previa de falta de integración del *litis* consorcio necesario con Integra Solutions Consultores S.A.S. y las de mérito que denominó: «*inexistencia de la obligación a cargo de mi representada por ausencia de los presupuestos y requisitos legales para tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por cuenta de mi representada y reclamada por la demandante*», cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación. En defensa de sus intereses, argumentó que el causante no cotizó el número de semanas mínimo que permita reconocer a sus beneficiarios la prestación deprecada (fl. 73 a 81 expediente digital).

En audiencia celebrada el 26 de agosto de 2020 (fls. 117 y 118), se dispuso vincular en calidad de Litis consorcio necesario a Integra Solutions Consultores S.A.S. que al contestar manifestó no oponerse ni allanarse a las pretensiones como quiera que no están dirigidas en su contra. Admitió que causante contrajo matrimonio, que procreó un hijo, la data del deceso, las peticiones elevadas como empleador a la AFP y las respuestas que obtuvo. De los demás hechos, dijo que no son ciertos o no le constan. Formuló las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva, obligatoriedad de los fondos de pensiones de efectuar acciones de cobro por tiempos en mora, buena fe y prescripción. Expuso que realizó el pago de los aportes de noviembre y diciembre de 2011 y de abril a julio del 2012, en el año 2018, siguiendo las instrucciones que la AFP le dio, por tanto como empleador sus obligaciones se encuentran plenamente satisfechas (fls. 120 a 124).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de julio de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la señora Sandra Marcela Parra Pico, identificada con cédula de ciudadanía n.º 1.010.177.503, quien actúa en nombre propio y en representación de su hijo Juan Camilo Suarez Parra, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en su calidad de cónyuge, con ocasión al fallecimiento de su esposo y padre del menor, señor Andrés Camilo Suarez Soto, a partir del 13 de junio de 2014, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, y en un porcentaje del 50% para cada uno de los beneficiarios, es decir a favor de la señora Sandra Marcela Parra Pico un 50% y a favor del menor Andrés Camilo Suarez Soto lo restante, el porcentaje restante, es decir 50%; menor que actúa en este proceso a través de la señora Sandra Marcela Parra Pico quien tiene la calidad de madre.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción, frente a las mesadas causadas con anterioridad al 1 de abril de 2016, conforme se expuso.

TERCERO: CONDENAR a la demandada Porvenir S.A. al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en favor de la señora la señora Sandra Marcela Parra Pico, identificada con cédula de ciudadanía n.º 1.010.177.503, quien actúa en nombre propio y en representación de su hijo Juan Camilo Suarez Parra, a partir del 1 de abril de 2016, en cuantía equivalente al Salario mínimo legal mensual vigente, y en un porcentaje del 50% para cada uno de los mencionados beneficiarios, prestación que se hará teniendo en cuenta 13 mesadas anuales y se acrecentará a favor de la cónyuge, cuando el hijo pierda el beneficio pensional. Además le será reconocida a la demandante de manera vitalicia en los términos establecidos por la ley, según se expuso.

CUARTO: CONDENAR a Porvenir S.A. a pagar el retroactivo pensional que se cause a partir del 1 de abril de 2016, a favor de cada uno de los beneficiarios, de manera indexado, según se expuso.

QUINTO: AUTORIZAR a Porvenir S.A. a descontar del retroactivo pensional que se cause desde el 1 de abril de 2016, lo pagado a la demandante por concepto de devolución de saldos y a efectuar los respectivos descuentos legales con destino al sistema de seguridad social en salud, según ya lo expuse en las consideraciones.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. a favor de la demandante quien actúa en su doble calidad. Se fijan como agencias en derecho 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes para este momento.

Como sustento de su decisión, encontró probada la relación laboral entre el causante e Integra Solutions, extrañó que la administradora no hubiese adelantado las acciones de cobro a su cargo y concluyó que los efectos adversos de tal hecho no podían ser trasladados al trabajador, por tanto el fondo debe pagar la pensión a la esposa e hijo del fallecido, quienes acreditaron ostentar la calidad de beneficiarios.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia al argumentar que el causante se afilió al sistema de pensiones desde el 2009 y realizó aportes a través de diversos empleadores; no obstante, *Intergra Solutions* Consultores S.A.S. no reportó novedad de ingreso y la demandante no se ocupó si quiera de acreditar la existencia de dicha relación laboral, la que

no puede tenerse por probada únicamente con el certificado emitido por dicha empresa.

Aseguró que no le es atribuible una posición pasiva frente al cobro de aportes en mora, pues no conocía de la relación laboral, que en todo caso solamente podría considerarse para los meses de febrero, marzo, abril y julio de 2012, por tanto el simple pago de unos aportes que fueron remitidos de manera automática por Mi Planilla al fondo, no puede generar el derecho al reconocimiento de una prestación de sobrevivientes. Alegó que el empleador que se abstuvo de reportar el vínculo laboral es el llamado a responder por la pensión de sobrevivientes.

Arguyó que la representante legal y socia de *Integra Solutions* Consultores S.A.S es la madre de la promotora del juicio, circunstancia que denota mala fe, pues no es posible que la actora no supiera que su esposo trabajaba en la empresa de su progenitora y echara de menos los tiempos cotizados, para el momento en que le fue negada la prestación y solo venga a solicitarse el pago del cálculo actuarial años después.

De otra parte, sostuvo que la accionante no demostró haber convivido con el causante por espacio de 5 años y que la devolución de saldos fue cancelada en un 100% al menor hijo a través de su señora madre quien no acreditó su condición de beneficiaria. Preciso que de reconocerse la prestación debe ser revisada la prescripción de las mesadas. Además se debe tomar en consideración que la actora para la fecha en que falleció su cónyuge no contaba con 30 años de edad, por tanto, la prestación no puede ser reconocida de forma vitalicia.

Señaló que en caso de otorgarse la prestación, no hay lugar a indexación alguna, porque la AFP actualiza mes a mes el saldo de la cuenta individual anualmente. Tampoco a ordenar el pago de intereses moratorios, pues la prestación se reconoce como consecuencia de una interpretación jurisprudencial. Preciso que a efectos de compensarse los dineros pagados por devolución de saldos a la demandante en calidad de madre del hijo del causante, estos deben ser indexados en favor de la AFP.

Finalmente, que la AFP debe ser autorizada a realizar los descuentos correspondientes a seguridad social.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si la demandante en nombre propio y en representación de Juan Camilo Suarez Parra tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite e hijo del afiliado Andrés Camilo Suarez Soto.

1. De la pensión de sobrevivientes ante el fallecimiento de un afiliado con vínculo matrimonial vigente y su acreditación en el presente caso.

La norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la que se encuentra vigente para la fecha en que se produce la muerte del afiliado o pensionado. Así lo ha adoctrinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, entre otras, en sentencia SL10146-2017, reiterada en SL450-2018, en la que indicó:

Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, pues justamente este beneficio prestacional busca amparar o proteger al núcleo familiar del riesgo de muerte, de suerte que no puede remitirse el fallador a una normatividad posterior o futura, pues el artículo 16 del C.S.T. dispone expresamente que las normas del trabajo, al tener efecto general inmediato, no producen consecuencias retroactivas, es decir, no pueden afectar situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores (...).

En el presente caso, Andrés Camilo Suarez Soto falleció el 13 de junio de 2014, por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con lo previsto en los artículos 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003. Dicho

precepto legal, contempla que para obtener la pensión de sobrevivientes se requiere además de ser miembro del grupo familiar del afiliado al sistema, que éste hubiere cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento, o conforme al parágrafo cuando el afiliado hubiere cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento.

En ese sentido, encuentra el Tribunal conforme al análisis del reporte de folios 38, 47 y 48, que el causante en los últimos 3 años anteriores a su fallecimiento, esto es, entre el 13 de junio de 2011 y el 13 de junio de 2014, cotizó 376 días o lo que es lo mismo 53.71 semanas, de manera que se cumplen los presupuestos necesarios para la causación de la prestación, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

Empleador	Periodo	Días
Sitel de Colombia	09/2011	30
Sitel de Colombia	10/2011	26
Integra Solutions Consultores	01/2012	30
Integra Solutions Consultores	02/2012	30
Integra Solutions Consultores	03/2012	30
Integra Solutions Consultores	04/2012	2
Integra Solutions Consultores	04/2012	28
Integra Solutions Consultores	05/2012	30
Integra Solutions Consultores	06/2012	30
Integra Solutions Consultores	07/2012	25
Activos S.A.S.	08/2012	1
Activos S.A.S	09/2012	4
Grupo Asesoría en Sistematización de Datos	10/2012	29
Grupo Asesoría en Sistematización de Datos	11/2012	30
Grupo Asesoría en Sistematización de Datos	12/2012	21

Esto bajo el entendido que la Sala de Casación Laboral, de manera reiterada y pacífica, ha considerado que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es el trabajo humano. Por ello, la prestación del servicio efectiva en favor de un empleador causa o genera el deber de aportar al sistema pensional de los trabajadores afiliados (Ver sentencia CSJ SL514-2020, que reiteró la SL, 28 oct. 2008, rad. 34270).

En punto a la mora del empleador en el pago de cotizaciones al sistema pensional, la citada Corporación ha asentado que las

administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los empleadores, de suerte que, de omitirse dicha obligación, deben responder por el pago de la prestación a que haya lugar, según la norma aplicable. Ello es así, porque el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas (Artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y sentencias SL759-2018, que reiteró las decisiones CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 32384; CSJ SL907-2013, CSJ SL5429-2014, CSJ SL16814-2015, CSJ SL8082-2015, CSJ SL4818-2015, CSJ SL15718-2015, CSJ SL11627-2015, CSJ SL16814-2015, CSJ SL13266-2016, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL6469-2016, CSJ SL15980-2016, CSJ SL17488-2016, CSJ SL13877-2016, CSJ SL685-2016, CSJ SL3707-2016, CSJ SL4892-2016, CSJ SL5166-2016, CSJ SL685-2017, CSJ SL3707-2017, CSJ SL4892-2017 y CSJ SL5166-2017).

En esa línea de pensamiento, queda claro que, a efectos de contabilizar las semanas del afiliado y, por ende, verificar los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, y la forma de liquidarlo, deben tenerse en cuenta a más de las cotizaciones sufragadas oportunamente, las que se encuentran en mora, cuando hay ausencia de gestión de cobro por parte de la administradora a la que se encuentre vinculado.

Importa precisar que los efectos de la mora en el pago de los aportes son diferentes a los de la falta de afiliación al sistema de pensiones, dado que dichos fenómenos tienen causas distintas. En el primer evento, como se dijo, las administradoras tienen la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, mientras que en la segunda hipótesis, la entidad de seguridad social debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el traslado de un cálculo actuarial o título pensional a cargo del empleador.

En el asunto bajo examen Integra Solutions certificó el 9 de enero de 2017 (fl. 43) que Andrés Camilo Suarez Soto le prestó servicios desde el 1 de noviembre de 2011 hasta el 5 de julio de 2012, desempeñando el cargo

de administrador. Al rendir declaración de parte la representante legal Rosa María Pico Urquijo admitió la prestación de los servicios en los extremos señalados, con lo que se demuestra la prestación del servicio.

Importa destacar que para determinar el número de semanas la Sala tomó en consideración el periodo enero a julio de 2012, con el empleador Integra Solutions, dado que esta empresa realizó pagos así:

Empleador	Periodo	días	Fecha pago aporte
Integra Solutions Consultores	01/2012	30	09/02/2012
Integra Solutions Consultores	02/2012	30	14/03/2012
Integra Solutions Consultores	03/2012	30	23/04/2012
Integra Solutions Consultores	04/2012	2	25/07/2012
Integra Solutions Consultores	04/2012	28	08/03/2018
Integra Solutions Consultores	05/2012	30	08/03/2018
Integra Solutions Consultores	06/2012	30	08/03/2018
Integra Solutions Consultores	07/2012	25	08/03/2018

Ahora, la Colegiatura sumó dentro del conteo de semanas las correspondientes al periodo comprendido entre el 3 de abril y el 25 de julio de 2012, pues habiéndose reportado el vínculo laboral la AFP no demostró que adelantó la gestión de cobro que le ordena la ley, la cual estaba a su cargo por no haberse reportado la novedad de retiro. De otra parte, la Sala no tomó en consideración los ciclos noviembre y diciembre de 2011, pues la administradora de pensiones no conocía la existencia de la relación laboral y no puede endilgársele un actuar omisivo.

Importa destacar que la Sala no pasa por alto que la representante legal de Integra Solutions es la madre de la demandante, pero ello en manera alguna puede conculcar los derechos reclamados, pues no es extraño que en las empresas laboren miembros del núcleo familiar, además está probado que para el 2012, la relación de trabajo existió, que la empleadora realizó cotizaciones por varios periodos oportunamente y que no reportó la novedad de retiro del trabajador. Así mismo, aunque la demandada alega que no se probó la prestación del servicio, lo cierto es que no realizó esfuerzo probatorio para demostrar que lo certificado por el empleador no se ajustaba a la realidad, es más al interrogar a la representante legal sus esfuerzos estuvieron encaminados a dilucidar como se hicieron los pagos en el 2018.

Bajo este panorama, establecido que el demandante acreditó más de 50 semanas en los tres años anteriores a su deceso pasa la Sala a verificar la calidad de beneficiarios de los demandantes.

De la calidad de beneficiaria de Sandra Marcela Parra Pico

El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 establece que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste (sic). La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

Bajo esa línea de pensamiento, se advierte que con el fin de acreditar la calidad de miembro del grupo familiar la promotora del juicio aportó registro civil que da cuenta del matrimonio celebrado con el causante el 21 de marzo de 2013, documento que no presenta nota marginal o inscripción de divorcio o liquidación de la sociedad conyugal (fl. 33). Allegó registro civil en el que consta que Juan Camilo Suarez Parra nació el 4 de julio de 2014 y es hijo de la accionante y el afiliado. Igualmente, trajo comunicación adiada del 13 de diciembre de 2017, mediante la cual la AFP reconoce niega la pensión de sobrevivientes (fls. 44 y 45) y comunicación del 2 de junio de 2016, mediante la cual Porvenir S.A. reconoce en un 100% a Juan Camilo Suarez Parra la devolución de saldos en la suma de

\$2.125.740 (fl. 104). De lo anterior se extrae que la demandante Sandra Marcela Parra Pico no fue reconocida como beneficiaria del causante por la AFP, por tanto no es posible como consideró el Juzgado reconocer la prestación sin entrar a calificar tal calidad en el proceso.

Pues bien. la demandante al absolver interrogatorio manifestó que contrajo matrimonio con el causante en el 2013, transcurridos unos meses, le detectaron cáncer etapa 4, en el proceso, ella quedó embarazada y su hijo nació a los 15 días del deceso de su cónyuge; sin embargo, no aportó prueba adicional que al ser valorada en conjunto con su dicho diera cuenta, sin lugar a dubitación alguna de la convivencia real y efectiva con Camilo Andrés Suarez Soto hasta el momento de su muerte.

Sobre el particular la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia CSJ SL 1730-2020 ha adocinado que en aquellos eventos en que fallece un afiliado, para la concesión del derecho se debe probar la convivencia real y efectiva al momento del óbito, pues el requerimiento de convivencia mínima de cinco años, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.

Bajo este panorama, la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión reclamada como quiera que no demostró la convivencia real y efectiva con el causante Bajo este panorama, la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión reclamada como quiera que no demostró la convivencia real y efectiva con el causante hasta el momento de su fallecimiento de sobrevivientes, entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, apoyo espiritual y físico y camino hacia un destino común, vínculo que para el caso de los compañeros permanentes, debe extenderse hasta el momento de la muerte del causante

Bajo este panorama, la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión reclamada como quiera que no demostró la convivencia real y efectiva con el causante hasta el momento de su fallecimiento que entrañara una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, apoyo espiritual y físico. En consecuencia

la sentencia de primera instancia será revocada en este punto, para en su lugar absolver a la demandada de reconocer y pagar pensión de sobrevivientes a la demandante.

Calidad de beneficiario del menor hijo

Estima las Sala acreditada la Calidad de beneficiario del menor Juan Camilo Suarez Parra con el registro civil de nacimiento que da cuenta que es hijo del causante (fl.34), por lo que la demandada deberá cancelarle pensión de sobrevivientes a partir del 13 de junio de 2013, data en que falleció su padre Andrés Camilo Surez Soto (fl.37), a razón del salario mínimo legal mensual vigente, sin condicionamiento alguno y en adelante hasta los 25 años, siempre que demuestre su condición de estudiante en los términos establecidos en la ley.

Importa destacar que Juan Camilo Suarez Parra nació el 4 de julio de 2014, por lo que a la fecha cuenta con 8 años. En consecuencia, por tratarse el beneficiario de un menor de edad el fenómeno extintivo de la prescripción estaba suspendido y no afectó ninguna de las mesadas causadas desde el deceso de su progenitor; no obstante, la Jueza determinó que las mesadas causadas con anterioridad al 1 de abril de 2016 estaban prescritas, sin que la parte actora manifestara inconformidad alguna, por tanto la Sala no puede entrar a modificar la decisión en este punto.

De otra parte, como quiera que el menor hijo representado por su señora madre no está llamado a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo, la demandada deberá cancelar el retroactivo a que haya lugar debidamente indexado.

Por último, aunque la demandada solicita revocar la condena por concepto de intereses moratorios, la Sala no se pronunciará como quiera que la misma no fue impuesta en primera instancia.

Bajo estos presupuestos, la sentencia de primera instancia debe ser modificada, en la forma anunciada.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia proferida por el por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 21 de julio de 2021, únicamente en cuanto declaró que la demandante Sandra Marcela Parra Pico es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge superstite del causante Andrés Camilo Suarez Soto.

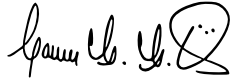
SEGUNDO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia apelada en cuanto condenó a la demandada a reconocer y pagar pensión de sobrevivientes a la demandante Sandra Marcela Parra Pico en calidad de esposa del causante, para en su lugar CONDENARLA únicamente a reconocer la prestación en favor de Juan Camilo Suarez Parra, menor hijo del causante Andrés camilo Suarez Soto, representado en el proceso por su madre señora Sandra Marcela Parra Pico a partir del 1 de abril de 2016, en cuantía equivalente al salario mínimo, a razón de 13 mesadas al año hasta que alcance los 18 años de edad sin condicionamiento alguno y a partir de ese momento y hasta los 25 años, siempre que acredite la calidad de estudiante en los términos de ley.

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

CUARTO: Sin COSTAS en la apelación, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



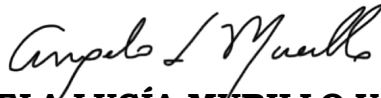
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

018 2019 00264 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 020 2021 00360 01
DEMANDANTE: MARYURI LILIANA BUENO OSPINA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de junio de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare de manera principal la «ineficacia de la afiliación» al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A. y válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar a Colpensiones los aportes cotizados, seguros, rendimientos, gastos de administración. A esta última a aceptar dichas sumas y registrarla como afiliada sin solución de continuidad. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso. Subsidiariamente, declarar la «nulidad» del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 7 de abril de 1973, desde mayo de 1996 se afilió y cotizó 963 semanas al régimen de prima media hasta el 2015. Adujo que en la historia laboral de Porvenir hay un error en las semanas cotizadas al régimen de prima media, arroja 68 semanas cotizadas y no 963 semanas. Arguyó que en el 2015 funcionarios de Porvenir S.A. le informaron que el ISS se acabaría y el fondo privado era más rentable y confiable para ella, le prometieron que se pensionaría a los 55 años, pero no le informó sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional, tampoco realizó proyecciones comparativas que le permitiera evidenciarlas. Señaló que a los 47 años al *averiguar* sobre su futuro pensional se enteró que no se podría pensionar antes de la edad prometida, ni con el valor de la mesada pensional esperado, razón por la cual decidió gestionar el retorno a Colpensiones, pero ya estaba incurso en prohibición legal, en razón de la edad. (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 12 y subsanación archivo 03, fls 3 a 4).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Admitió únicamente la data de nacimiento de la actora. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos restantes. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. En su defensa, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, toda vez que la actora suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación, con el lleno de los requisitos legales exigidos para la época del traslado. Señaló que cumplió cabalmente con el deber de información (expediente digital, archivo 07 fls. 3 a 29).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la fecha de nacimiento de la demandante, su último aporte, las 963 semanas cotizadas, la edad a la fecha del cambio, la prohibición legal en la que está incurso de retornar a prima media y que allegó copia del formulario requerido. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código

Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que es un tercero de buena fe, no tuvo nada que ver con el negocio jurídico celebrado entre la accionante y la AFP. Señaló que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por tanto no puede retornar a prima media en cualquier tiempo (expediente digital, archivo 08 fls. 3 a 40).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 17 de junio de 2022 (expediente digital, documento 13), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, efectuado por Maryuri Liliana Bueno Ospina hacia Porvenir S.A., el 27 de marzo de 2015, en atención a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: ORDENAR a Porvenir S.A., a devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones de Maryuri Liliana Bueno Ospina, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas Porvenir y a Colpensiones, y a favor de la parte actora. Tásense por secretaria, incluyendo como agencias en derecho el equivalente tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes, pagaderos a cuota parte.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: De ser o no apelada la presente decisión, envíese Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, para que sea revisada en su integridad a través del grado jurisdiccional de consulta atendiendo que fue desfavorable para Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación.

Como sustento de su decisión, concluyó que aunque la demandante se trasladó al RAIS, retorno a prima media y luego volvió a trasladarse al fondo privado la AFP no demostró que al momento del traslado inicial brindó asesoría o suministró alguna información sobre características de

cada régimen, las condiciones para acceder a la pensión, los efectos, riesgos, implicaciones y consecuencias de la migración; por manera que resulta imperativo declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones solicitó revocar la decisión al argumentar que de trasladarse la demandante del RAIS al RPM se atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema, arguyó que la afiliada no cumplió con sus deberes como consumidor financiero, además tuvo varias oportunidades para trasladarse y no lo hizo antes de estar incurso en prohibición legal. Señaló que el monto de la pensión no es un argumento válido para retornar a RPM. Arguyó que no intervino en el acto jurídico declarado ineficaz y es un tercero de buena fe, por tanto, no puede verse afectado con los efectos de tal declaración. Finalmente, en caso de confirmarse la decisión solicita ordenar a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones los gastos de administración y seguros previsionales. Finalmente, rechazó la condena en costas.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

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

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

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura

con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, la actora se afilió Instituto de Seguros Sociales el 1 de mayo de 1996 (expediente digital, archivo 08, fls. 41 a 55), migró al RAIS, a través de la administradora AFP Horizonte el 1 de octubre de 1997, el 1 de julio de 1999, a Porvenir. Luego, retornó a Colpensiones el 1 de agosto del 2008 y a partir del 1 de mayo de 2015 y en adelante ha estado vinculado a la AFP Porvenir S.A. (expediente digital, archivo 07 fl. 79).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en 1997 una familiar de un compañero de trabajo le ofreció trasladarse de régimen a través de la AFP Horizonte. Aseguró que no tiene copia del formulario de afiliación, pero supone lo firmó. Refirió que en el 2008 se trasladó a Colpensiones porque un colega le explicó sobre las diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen, razón por la cual retorno a prima media; empero en el 2015, un asesor de Porvenir llegó a su lugar de trabajo y le informó que en este fondo las semanas de cotización serían inferiores a las exigidas en Colpensiones y podría pensionarse con una mesada más alta, pero estas expectativas no se cumplieron. Señaló que se acercó a oficinas de Porvenir y en la visita le informaron que ya no podía trasladarse de régimen pues estaba incurso en prohibición legal en razón de la edad y que se pensionaría en el RAIS con un salario mínimo.

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

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de

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

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Porvenir S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia tanto en el traslado inicial del año 1997, como en el realizado en el 2015. Lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Por ello, la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaro la ineficacia de la afiliación o del traslado, para declarar únicamente la última, porque este es el acto de vinculación al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta del deber de información al momento de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

Por tanto, Porvenir S.A., deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por ello, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de

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

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

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

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, recibir recursos e imputar a la historia laboral de la demandante los aportes provenientes de la AFP. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó Colpensiones a pagar las costas del proceso.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de junio de 2022, para en su lugar disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedo expresado en la parte motiva de esta providencia.

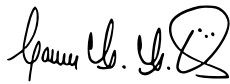
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como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

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

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

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



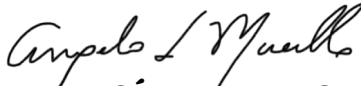
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaro voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 022 2018 00668 01
DEMANDANTE: MARÍA CLAUDIA HERNÁNDEZ DE ALBA ALBORNOZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala deciden los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Skandia y Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de junio de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare de manera principal la «*nulidad del traslado*» del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Old Mutual. En consecuencia, ordenar al fondo a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos y semanas cotizadas. A esta última a aceptar el traslado de la actora. Asimismo, a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso. Subsidiariamente, se declare la ineficacia del traslado al RAIS. Como subsidiarias secundarias, en caso de no prosperar el traslado se condene a Old Mutual a reconocerle a la edad de los 57 años, la pensión de vejez con las mismas condiciones del régimen de prima media con prestación definida (RPM).

En respaldo de sus peticiones, narró que nació el 27 de noviembre de 1969, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1 de enero de 1995. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Old Mutual el 28 de marzo de 1995, donde se encuentra actualmente afiliada. Adujo que el fondo no le brindó información clara, completa y fehaciente acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen, sobre las implicaciones del traslado en su futuro pensional. Arguyó que ha cotizado 1.171,86 semanas, 41.29 en el RPM y 1.130,57 en el RAIS. Adujo que antes de estar incurso en prohibición legal para trasladarse no recibió asesoría por parte de la AFP. Refirió que el 12 de octubre de 2018, solicitó a Colpensiones el traslado de régimen pero fue negado en razón de su edad. Posteriormente, el 11 de septiembre de 2018, solicitó a Old Mutual información sobre la asesoría recibida al momento del traslado, el fondo privado respondió que había brindado asesoría pero no tenía evidencia. Señaló que en el RAIS a los 57 años la mesada pensional sería de \$3.231.835, entre tanto, en el RPM ascendería \$6'980.762 (fls. 52 a 81 demanda y reforma fls. 164 a 179).

Colpensiones rechazó las pretensiones. Admitió la data de nacimiento de la actora, la afiliación al ISS y la reclamación administrativa con su respuesta. Manifestó que no le constan o no son ciertos los demás fundamentos fácticos. Formuló las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición y está incurso en prohibición legal para retornar a RPM en razón de la edad. Adujo que la accionante no hizo uso del derecho de retracto en el tiempo establecido en la ley (contestación reforma de demanda fl. 183 a 215).

La AFP Skandia S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó el natalicio de la actora y su edad, la afiliación al RAIS a través de Old Mutual, las semanas cotizadas, la solicitud de información sobre el valor de la mesada pensional y su respuesta. De los demás hechos dijo que no

son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad de devolución de los gastos de administración, y las demás declarables de oficio. En su defensa, expuso que la demandante refiere normas no aplicables a las AFP. Adujo que cumplió con el deber de brindar información al momento del traslado con las exigencias requeridas para la fecha (fls. 216 a 225).

Por auto del 3 de septiembre de 2019 (fl 231), se dispuso vincular al contradictorio a la AFP Porvenir S.A. que al contestar la demanda, se opuso a la prosperidad de las peticiones. Aceptó únicamente la fecha de natalicio de la accionante. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. Para enervar las peticiones, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, pues la demandante se trasladó de forma libre y voluntaria, la AFP cumplió con el deber de información en los términos establecidos en la ley para la fecha del traslado. Además, la demandante, persona capaz suscribió el formulario correspondiente y omitió su deber de informarse sobre las consecuencias de su decisión (fls. 237 a 257).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8 de junio de 2022 (expediente digital, documento 25 fls. 1 a 4), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora María Claudia Hernández al régimen de ahorro individual con solidaridad acaecido el 1 de abril de 1995 y los posteriores cambios entre fondos.

En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo tanto siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a Skandia S.A fondo en el que se encuentran los aportes de la parte actora en la actualidad a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual, junto con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, así mismo se le condenara a la devolución de los gastos de administración, el valor de las primas de seguro previsional durante las dos

vinculaciones que estuvo la actora debidamente indexados a la fecha de entrega a Colpensiones

TERCERO: ORDENAR a la AFP Porvenir S.A a remitir a Colpensiones los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduro la aparente afiliación a dicho fondo debidamente indexados.

Todo lo anterior en los términos señalados en la parte considerativa de la presente decisión.

CUARTO: CONDENAR a Colpensiones a recibir los dineros provenientes de Porvenir y Skandia S.A, a efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora conforme como quedo explicado en la presente decisión.

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

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas de conformidad con la parte motiva de la presente decisión.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas Porvenir S.A, Skandia S.A y Colpensiones. Fijense como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de 1.000.000 y en favor de la parte actora.

OCTAVO: CONSÚLTESE la presente decisión con el superior en favor de Colpensiones en los términos del artículo 69 del Código del Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Old Mutual no acreditó haber suministrado a la actora la información necesaria y relevante que le permitiera tomar la decisión de trasladarse con pleno conocimiento de las implicaciones del traslado conforme a sus circunstancias personales. Así mismo, señaló que no es posible eximir de responsabilidad a Porvenir S.A. de remitir a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración y seguros previsionales.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas Colpensiones, Skandia y Porvenir S.A. apelaron lo resuelto.

Colpensiones reclama la revocatoria de la sentencia al argumentar que la demandante se encuentra inmersa en prohibición legal para retornar al régimen de prima media con prestación definida (RPM) al amparo de la ley 797 del 2003. Expuso que la línea jurisprudencial utilizada por el juzgado no es aplicable al caso, puesto que no se debatió la falta de información dada a la demandante al momento del traslado, sino

el descontento con el valor de la mesada pensional, argumento no válido para declarar la nulidad. Finalmente, rechazó la imposición de costas.

La AFP Skandia S.A., imploró revocar la decisión en cuanto la condenó a trasladar los gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados, al argumentar que fueron descontados por mandato legal y se habrían deducido tanto en el RPM, como en el RAIS. Señaló que estos valores fueron destinados a retribuir la gestión de la AFP que generó rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la accionante y la mantuvieron cubierta frente a las contingencias de invalidez y muerte y la devolución generaría un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones y un pago de lo no debido. Se opuso al pago de indexación de los rubros cuya devolución se ordenó. En adición sostuvo que estos valores no están destinados a financiar la pensión por lo que son susceptibles de prescribir.

La AFP Porvenir S.A. aspira que se revoque la decisión, al argumentar que el traslado de régimen efectuado por la demandante fue un acto libre y voluntario, materializado con el diligenciamiento y suscripción del formulario de afiliación en el cual aceptó las condiciones del RAIS. Alegó que no es posible exigir acreditar requisitos diferentes a los exigidos para la época del traslado. Señaló que la accionante está incurso en prohibición legal en razón de la edad para retornar a prima media. Sostuvo que, frente a los gastos de administración y seguros previsibles, fueron descontados por mandato legal, se utilizaron en la administración. Puso de presente que no cuenta con recursos del ahorro individual, pues fueron remitidos en el traslado horizontal. Finalmente, rechazó la condena en costas pues trasladó a Skandia oportunamente todos los valores que reposaban en la cuenta de ahorro individual.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, radicado 31.989 de 2008, CSJ SL 19.447 de 2017 y CSJ L 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la

sentencia CSJ SL1688 de 2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. También en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, se establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

La actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1 de enero de 1995, según reporte generado por Colpensiones (fls. 4 a 7), migró al RAIS, a través de la AFP Old Mutual hoy Skandia S.A. el 1 de abril de 1995, mediante la suscripción de formulario de afiliación a folio 8, en el que se puede leer:

DECLARO BAJO JURAMENTO QUE REALIZO EN FORMA VOLUNTARIA, LIBRE Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD Y A SU VEZ LA COMPAÑÍA PENSIONAR S.A. PARA QUE SEA LA ÚNICA ENTIDAD QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS, ASÍ MISMO QUE HE RECIBIDO Y CONOZCO EL REGLAMENTO DEL FONDO Y EL PLAN QUE SELECCIONE A LOS CUALES ME ADHIERO.

Posteriormente, se trasladó horizontalmente a Porvenir S.A. el 1 de junio de 2000 (fl. 280) y a partir del 26 de junio de 2014 y en adelante ha estado vinculada a Skandia (fl. 124)

Al absolver interrogatorio de parte la demandante relató que en 1994 se afilió al ISS, posteriormente en 1995 fue citada a una reunión en su lugar de trabajo, allí un asesor de Pensionar le brindó información general sobre el fondo privado, acto seguido diligenció y firmó el formulario de afiliación. Señaló que en el 2004, se trasladó a Porvenir porque cambió de empleador, pero no medió asesoría, así mismo en el 2014, se trasladó a Skandia por otro cambio de empleo. Arguyó que no recibió información sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen que le permitiera tomar una decisión informada. Admitió que realizó aportes voluntarios y que la motivación para retornar a prima media es estar en una entidad que le brinda confianza, en adición el monto de la mesada

pensional. Refirió que en el 2018, por comentarios que escuchó de sus compañeros de trabajo, se acercó a las oficinas de Old Mutual a indagar sobre cómo funcionaba el RAIS

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

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

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

Por tanto, la AFP Skandia S.A. administradora en la cual se encuentra actualmente vinculada la afiliada, deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a

conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, junto con los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020), razón por la cual la sentencia será adicionada en este punto.

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A. de devolver las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia la obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). En consecuencia la sentencia será adicionada también en este punto.

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

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

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

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, el fondo resultó derrotado, pues se declaró la ineficacia del traslado. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó Porvenir S.A. a pagar las costas del proceso.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

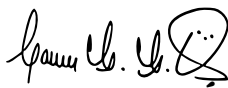
PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de junio de 2022, en el sentido de indicar que la AFP Old Mutual - Skandia. al momento de cumplirse la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral tercero de la decisión analizada en el sentido de indicar que la AFP Porvenir S.A. al momento de cumplirse la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



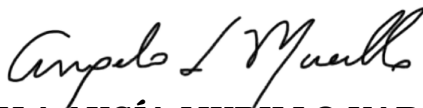
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclarar voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 023 2020 00337 01
DEMANDANTE: XIOMARA CÁRDENAS GARCÍA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CEESANTIAS Y SKANDIA ADMNISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A., Skandia S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de junio de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la *ineficacia del formulario de afiliación de traslado* al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colpatria S.A. y los sucesivos cambios horizontales y declararla válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, se condene a Skandia hoy Old Mutual S.A. y demás AFP a trasladar los aportes cotizados en el RAIS a Colpensiones. A esta última a aceptar los recursos y registrarla como afiliada sin solución de continuidad. Asimismo, se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 12 de octubre de 1966, se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde 1985. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. en abril de 1996. Adujo que el asesor le informó que el ISS se iba a acabar y que en el fondo privado se podría pensionar a cualquier edad, pero no le explicó cómo sucedería, pues no le informó de manera real, completa, clara y comprensible sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen. Indicó que actualmente se encuentra afiliada a Skandia hoy Old Mutual S.A. AFP que le realizó proyección según la cual su mesada en el RAIS sería de \$1.102.310, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$1.821.368. Finalmente, que solicitó a las demandadas el retorno a prima media, pero la petición fue negada (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 16).

La AFP Skandia S.A. rechazó las pretensiones. Admitió la afiliación a esa administradora y la solicitud de traslado de régimen. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos restantes. Propuso las excepciones que denominó Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de la sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe, las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, sostuvo que no existe causal alguna para declarar la ineficacia del traslado, dado que la promotora del juicio está incurso en prohibición legal de retornar a régimen de prima media y su permanencia en el RAIS no afecta el derecho pensional. Señaló que no es posible aplicar la teoría de la inversión de la carga de la prueba ya que la afiliada es la encargada de probar los vicios del consentimiento (expediente digital, archivo 07 fls. 1 a 16).

La AFP Colfondos S.A. se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la fecha de nacimiento de la accionante y la respuesta a la petición de retorno a prima media. Manifestó que no le constan los hechos

restantes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, indicó que la información suministrada al momento del traslado, se adecuaba al mandato de la Superintendencia Financiera y la afiliación fue libre y espontánea. Señaló que la accionante no ejerció el derecho de retracto (expediente digital, archivo 08 fls. 1 a 13).

La AFP Protección S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó el natalicio de la demandante, la solicitud de traslado y su respuesta negativa. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP *“inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa”*, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, las demás nominadas genéricas, el traslado y la movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen. Expuso en su defensa, que el acto jurídico cuestionado es válido y eficaz. Sostuvo que no es dable exigir a la AFP acreditar requisitos no previstos en el ordenamiento jurídico para la fecha del traslado y que la variación del monto de pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia (expediente digital, archivo 09 fls. 1 a 20).

Colpensiones se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Admitió la data de nacimiento de la actora, la afiliación a RPM, el traslado de régimen, la reclamación administrativa de retorno y la respuesta negativa. Manifestó que no le constan los restantes hechos. Formuló las

excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de 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 y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la demandante escogió el régimen de pensión de manera libre y voluntaria, de igual forma no es beneficiaria del régimen de transición y está incurso en una prohibición legal para retornar a RPM en razón de la edad y las semanas cotizadas (expediente digital, archivo 10 fls. 1 a 29).

Por auto de 19 de abril de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP Porvenir S.A. (expediente digital, archivo 11).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de junio de 2022 (expediente digital, archivo 13), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado que efectuó la señora demandante Xiomara Cárdenas García del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado en este caso por la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir, como consecuencia lógica lo accesorio sigue la suerte de los principal también se declara la ineficacia de los traslados entre administradoras esto es el realizado a Colfondos pensiones y cesantías, posteriormente a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección y a Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías con forme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir a devolver a Colpensiones todos los dineros que hubiese recibido con motivo de afiliación de la señora demandante, entre el 1 de julio de 1996 al 30 de junio de 1999, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto dada las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, dineros que se ordenan devolver además de forma indexada desde la fecha de su causación a la fecha efectiva de su pago.

Parágrafo: se autoriza como único descuento el dinero transferido hacia la AFP Colfondos con ocasión al traslado solicitado por la demandante 1 de julio de 1999.

TERCERO: CONDENAR a Colfondos pensiones y cesantías a devolver a Colpensiones todos los dineros que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la señora demandante 1 de julio de 1999 a 31 de enero de 2002, con motivo de la afiliación de Xiomara Cárdenas García junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dada las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, dineros que se ordenan devolver de forma indexada desde la fecha de su causación a la fecha efectiva de su pago.

Parágrafo: autorizamos como único descuento los dineros transferidos a la AFP Protección transferidos el 1 de febrero de 2002 con ocasión del traslado solicitado por la demandante.

CUARTO: CONDENAR a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección a devolver a Colpensiones todos los dineros que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la señora demandante entre el 1 de febrero de 2002 a el 31 de junio de 2011, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gasto de administraciones, ni por cualquier otro concepto dada las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de forma indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago.

Parágrafo: se autoriza como único descuento a esta AFP descontar los dineros transferidos a la AFP Skandia el 1 de julio de 2011 con ocasión al traslado solicitado.

QUINTO: CONDENAR a Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones todos los dineros que hubiese recibido por motivo de afiliación de la señora demandante junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dada las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando.

SEXTO: DECLARAR que la señora Xiomara Cárdenas García para efectos pensionales se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrada hoy por la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones.

SÉPTIMO: SE DECLARA no probadas las excepciones propuestas.

OCTAVO: COSTAS a cargo de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir a favor de la señora demandante.

NOVENO: SE ORDENA la consulta de la presente sentencia en favor de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, concluyó que Colpatria, hoy Porvenir no demostró que al momento del traslado suministró a la demandante información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que le traería a su futuro pensional la decisión de cambiarse; sostuvo que la sola firma del formulario de afiliación no cumple tal finalidad.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas Colpensiones, Skandia y Porvenir apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. solicita se revoquen todas y cada una de las condenas en contra de esta AFP, sostuvo que para la fecha del traslado la ley apenas exigía la suscripción del formulario de inscripción, nada disponía respecto del deber de información en la forma que hoy lo exige la jurisprudencia. Aseguró que la actora conocía las características del RAIS, y no era titular de una expectativa legítima. Argumentó que los múltiples traslados horizontales entre las AFP dan cuenta del deseo de permanecer en el régimen de ahorro individual. Arguyó que no es procedente devolver gastos de administración y primas de seguros previsionales, al considerar que dichos descuentos cumplieron su funcionalidad en la historia pensional de la demandante, la mantuvieron cubierta para los riesgos de invalidez y muerte. En adición la gestión de la AFP generó rendimientos que ocasionarán enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones. Finalmente, solicitó revocar la condena en costas.

La AFP Skandia S.A., rechazó la devolución de gastos de administración, comisión y demás valores indexados, toda vez, que estas sumas fueron descontadas por mandato legal, tienen una destinación específica que ya fue agostada. En subsidio solicitó declarar probada la prescripción.

Colpensiones imploró revocar la decisión, al argumentar que la demandante se encuentra incurso en prohibición legal de retornar en razón de la edad. Alegó que de conformidad con la declaración de parte se evidencia que la demandante recibió información al momento del traslado además ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con los múltiples traslados.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las

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

VI. CASO CONCRETO

La actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 5 de septiembre de 1985 (expediente digita, archivo 01 fl. 114), migró al RAIS, a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. el 15 de mayo de 1996, pposteriormente, se trasladó horizontalmente a Colfondos el 1 de julio de 1999, a Protección S.A. el 1 de febrero de 2002 y a partir del 1 de julio de 2011 y en adelante a Skandia, conforme historial de afiliación emitido por Asofondos allegado en la contestación de Old Mutual (expediente digital, archivo 09 fl. 42).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante narró que para la época del traslado se vinculó laboralmente a *Vania Technology*, allí el representante legal le solicitó llenar unos formularios sin darle explicaciones y así fue como se trasladó de régimen pensional, no obstante el empleador nunca realizó aportes. Manifestó que en los posteriores traslados horizontales intervinieron los empleadores a quienes les resultaba más cómodo tener todos los trabajadores en un solo fondo. Admitió que en el cambio a Protección le mencionaron que tendría mejores rendimientos, aumentaría sus ahorros y obtendría una mejor pensión. Adujo que la AFP Skandia le realizó proyección según la cual su mesada sería de un salario mínimo.

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

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

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

En el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS, las cotizaciones realizadas y los aportes al fondo de pensiones de voluntarias, no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

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

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

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

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

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad

social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

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

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Porvenir S.A. de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, las administradoras resultaron derrotadas, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se dispuso el traslado de recursos. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó a Porvenir S.A. a pagar las costas del proceso.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de junio de 2022 que quedará del siguiente tenor: CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: MODIFICAR el punto tercero de la sentencia analizada que quedará del siguiente tenor: CONDENAR a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

TERCERO: MODIFICAR el punto cuarto de la sentencia analizada que quedará del siguiente tenor: CONDENAR a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos

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

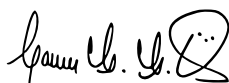
CUARTO: MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MÚRILLO VARÓN
Magistrada
Aclaro voto
023 2020 00337 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 23 2021 00478 01
DEMANDANTE: GUILLERMO JOSÉ VIVES RESTREPO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por las demandadas AFP Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de mayo de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la *ineficacia* de la vinculación al régimen de ahorro individual (RAIS) a través de la AFP Colmena AIG Cesantías y Pensiones hoy Protección S.A. realizado en marzo de 2000. En consecuencia, ordenar a la AFP a registrar en su sistema que no efectuó ninguna vinculación válida a dicha administradora y trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y el valor cotizado al fondo de garantía de pensión mínima. Ordenar a Colpensiones reactivar la afiliación y actualizar la historia laboral. Así mismo, se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 14 de enero de 1963, se afilió al régimen de prima media el 17 de enero de 1986, cotizó 79 semanas. El 14 de marzo de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colmena ING hoy Protección S.A. Adujo que no recibió información sobre la naturaleza propia de este régimen de capitalización, sus características ventajas y desventajas, tampoco se le pusieron de presente distintos escenarios comparativos de pensión. Refirió que por su cuenta obtuvo una asesoría particular que le permitió percatarse del engaño de la AFP Protección S.A. Mencionó que la fecha cuenta con 1086 semanas cotizadas. Finalmente, que presentó reclamación administrativa ante Colpensiones (expediente digital, carpeta 01, documento 1 fls. 1 a 21).

Colpensiones se opuso al éxito de las peticiones. Admitió la data de natalicio del accionante y la reclamación administrativa. Manifestó que no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacias 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 adiciono 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 y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, manifestó que la sostenibilidad financiera del sistema puede verse afectada al permitir que personas que no han contribuido al fondo común puedan obtener el reconocimiento de una prestación del mismo (expediente digital, carpeta 5 documento 5 fls. 1 a 21).

La AFP Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la respuesta dada a la petición presentada por el actor. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. En su defensa argumentó que no hay razones para decretar la ineficacia o nulidad del y traslado de régimen pensional, pues el actor recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su

decisión, en los términos y condiciones previstas en la ley vigente para la época. (expediente digital, documento 6 fls. 1 a 27).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de mayo de 2022 (expediente digital, documento 14), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o el traslado del señor demandante Guillermo José Vives Restrepo al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado en este caso por la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección a devolver o trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los dineros que hubiese recibido con motivo de la afiliación del señor demandante junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dada las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, dineros que se ordenan devolver de forma indexada desde la fecha de su causación a la fecha efectiva de su pago.

TERCERO: DECLARAR que el señor Guillermo José Vives Restrepo para efectos pensionales se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones.

CUARTO: DECALRAR no probadas las excepciones propuestas.

QUITO: COSTAS a cargo de la AFP Protección a cargo del demandante.

SEXTO: SE ORDENA la consulta de la presente sentencia a favor de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Protección no acreditó haber cumplido con el deber de brindar al potencial afiliado información que le permitiera efectuar el traslado de régimen con plena libertad y completa información, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Protección S.A., reclama revocar la decisión en tanto dispuso la devolución de gastos de administración y seguros previsionales a Colpensiones, como quiera que estas sumas fueron descontadas en aplicación de la ley, compensaron la gestión de administración que

produjo rendimientos, en adición mantuvieron cubierta a la demandante para los riesgos de invalidez y muerte. Arguyó que la sentencia, desconoce los efectos de las restituciones mutuas propias de la figura de la ineficacia y puede generar un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones quien no administro estos dineros. Señaló que ni los costos de administración, ni los seguros previsionales, integran el capital de pensión por ello son susceptibles de prescribir. Argumentó que la parte demandante no solicitó indexar las condenas, por tanto el fallo no guarda consonancia con los pedimentos de la demanda.

Colpensiones reclamó la revocatoria de la sentencia bajo el argumento que el demandante recibió la información necesaria al momento de trasladarse de régimen pensional. Preciso que la sentencia atenta contra el equilibrio financiero del sistema, porque con el cambio ordenado se afectaría la reserva pensional. Solicitó ser absuelta de pagar costas del proceso.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. CONSIDERACIONES

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

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

quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

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

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

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

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

cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

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

V. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió al ISS el 17 de enero de 1986 (expediente virtual, carpeta 1, documento 1.1 fl 10),

migró al RAIS, a través de la AFP Protección S.A. el 14 de marzo de 2000, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, carpeta 1, documento 1.1 fl. 25), en el que se puede leer:

DE ACUERDO CON EL DECRETO 692 DE 1994 ARTÍCULO 11. HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A COLMENA AIG CESANTÍAS Y PENSIONES PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS. AUTORIZO A COLMENA AIG CESANTIAS Y PENSIONES PARA QUE TRAMITE A MI NOMBRE LA EMISION DE MI BONO PENSIONAL

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que para el momento del traslado se adelantó una reunión en la oficina de recursos humanos de *Gaira Cafe*, donde le indicaron que el Seguro Social se iba a terminar y debía pasarse a un fondo privado, no le informaron sobre las características del RAIS, ni los requisitos para acceder a pensión, pero suscribió voluntariamente el formulario de vinculación. Expuso que desconocía la posibilidad de retornar a Colpensiones y que a pesar de recibir los extractos no entiende su contenido. Admitió que deseaba regresar a rpm para obtener mayor rentabilidad.

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

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

En el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

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

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

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

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Protección de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, las demandantes resultaron derrotadas, pues además de declararse la inejecución del traslado, se le ordenó trasladar al demandante al régimen de prima media con prestación definida y enviar todos los recursos de la cuenta individual. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó a Protección S.A. pagar las costas del proceso.

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

VI.DECISIÓN

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

RESUELVE

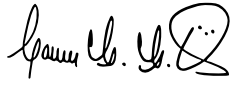
PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de mayo de 2022, en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaro voto

023 2021 00478 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 023 2021 00538 01.
DEMANDANTE: SARA ELOISA DEL CASTILLO MATAMOROS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINSTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas la AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de mayo de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia «*de la afiliación*» al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A. en 1998 y se tenga para todos los efectos como válidamente vinculada a prima media. En consecuencia, se condene a la AFP devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con los rendimientos financieros, cuotas de administración y bonos pensionales. A esta última a recibir la afiliación sin solución de continuidad. Se disponga a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus peticiones, narró que nació el 6 de julio de 1963, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 7 de octubre de 1985. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP

Porvenir S.A. en 1998. Adujo que el asesor del fondo no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen, tampoco sobre las consecuencias del traslado. Porvenir realizó simulación pensional según la cual su mesada allí ascenderá a \$1.400.300, entre tanto, en Colpensiones sería de \$5.036.734. Señaló que cuenta con más 1.310 semanas cotizadas a lo largo de su vida laboral. Finalmente, que presentó reclamación administrativa (expediente digital, archivo 01 fls. 2 a 6).

La AFP Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la data de natalicio de la actora, la simulación de la mesada pensional y en quien recae la carga de la prueba. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos restantes. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. En su defensa, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, pues la administradora cumplió con el deber de brindar información en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico para la época y el formulario fue suscrito de forma libre y voluntaria (expediente digital, documento 06 fls. 2 a 22).

Colpensiones rechazó las peticiones. Admitió la data de nacimiento de la actora, la afiliación al ISS, el traslado de régimen, la entrada en vigencia del sistema general de pensiones y la reclamación administrativa. Manifestó que no le constan los demás fundamentos fácticos. Formuló las excepciones inoponibilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del 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), 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 y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que todas las actuaciones de Colpensiones están encaminadas a respetar el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y está incurso en prohibición legal en razón de la

edad y no presenta una expectativa legítima (expediente digital, archivo 08 fls. 3 a 19).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 20 de mayo de 2022 (expediente digital, archivo 16), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado que realizó la señora demandante Sara Eloísa del Castillo Matamoros, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en este caso por la AFP Porvenir S.A., conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora demandante junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación a la fecha efectiva de su pago.

TERCERO: DECLARAR que la señora demandante se encuentra afiliada para efectos pensionales al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones.

CUARTO; DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la AFP Porvenir S.A. en favor de la demandante.

SEXTO: SE ORDENA la consulta de la presente sentencia.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no acreditó haberle suministrado a la actora la información idónea que le permitiera tomar la decisión de trasladarse con pleno conocimiento de las implicaciones del cambio conforme a sus circunstancias personales, hecho que no se supera por ser abogada la accionante.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. aspira que se revoque la decisión, al argumentar que si bien ya existe un precedente jurisprudencial planteado por la honorable Corte Suprema de Justicia, esta corporación ha indicado que no se puede aplicar de forma homogénea, pues debe haber una

valoración fáctica, situación que no se presente en el asunto que nos ocupa, toda vez que el traslado se efectuó de manera voluntaria e informada sin que mediara algún tipo de presión, tal como quedo consignado en el interrogatorio de parte. Sostuvo que el deber de información ha tenido un desarrollo jurisprudencial progresivo que ha hecho más exigente este deber, pro no es dable exigir requisitos superiores a los previstos en la ley para la época. Arguyó que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración, toda vez se por mandato legal, retribuyeron la buena gestión de la AFP que ya no los tiene en su poder. Refirió que con la orden impartida se desconocen las restituciones mutuas. Aludió que la consecuencia jurídica de la ineficacia es la declaratoria de que el negocio jurídico no se celebró, bajo este entendido los rendimientos financieros no se generaron y al ser privativos del RAIS ponen a la actora en una posición distinta en caso de haber permanecido en el RPM.

Colpensiones reclamó la revocatoria de la sentencia al argumentar que la actora se encuentra inmersa en prohibición legal y no es beneficiaria del régimen de transición pues no tenía expectativa legítima para la fecha del traslado. Señaló que en el plenario no se probó algún vicio del consentimiento. Adujo que el monto de la mesada pensional no es un argumento válido para declarar de ineficacia. Puso de presente que para la época del traslado las AFP solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones generales del cambio y la actora ratificó su voluntad de permanencia al cotizar

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o

exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, radicado 31.989 de 2008, CSJ SL 19.447 de 2017 y CSJ L 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia CSJ SL1688 de 2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. También en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código

Civil, se establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

La actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 7 de octubre de 1985 (expediente digita, archivo 01 fl. 13), migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A. el 1 de mayo de 1985 conforme certificado emitido por Asofondos (expediente digital, archivo 06 fl. 76)

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para 1998 cuando era funcionaria de la “*Secretaria Distrital de Salud*” fue citada por su empleador a una reunión grupal con un asesor de Porvenir, que le indicó de manera precisa y convincente que debía trasladarse a un fondo privado porque el ISS se acabaría, que debía aprovechar porque las condiciones eran mejores en el RAIS, la mesada pensional sería superior y podría obtenerla anticipadamente. Refirió que no le explicaron nada acerca de los beneficiarios, solo le preguntaron los nombres de su núcleo familiar. Confesó no haber efectuado alguna pregunta al promotor en medio de la asesoría. Indicó sentirse engañada respecto de la información que inicialmente recibió al no corresponder con la actual respecto de su mesada pensional. Admitió que recibió extractos de la AFP

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

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha AFP faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019). Por ello la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación o del traslado, para declarar únicamente la última, porque este es el acto de vinculación inicial al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta al deber de información al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

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

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

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de mayo de 2022, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

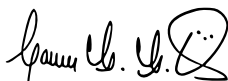
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales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

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



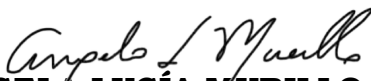
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaro voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 024 2019 00578 01
DEMANDANTE: DORA LILIANA OROZCO GIL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de junio de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «*nulidad*» del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., realizado en abril de 1997 y del traslado horizontal a Porvenir S.A. En consecuencia, se ordené a las AFP trasladarla sin solución de continuidad a Colpensiones con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas. A Protección a pagar cualquier diferencia que surja en el reconocimiento pensional. A Colpensiones a aceptar el traslado y a Porvenir las costas del proceso. Así mismo, se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 25 de mayo de 1964, se afilió al Instituto de Seguros Sociales en junio de 1984, donde cotizó 386 semanas. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A. en abril de 1997. Adujo que los asesores del fondo refirieron que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría, entre tanto en el RAIS podría acceder a la pensión sin cumplir una edad determinada o número de semanas específico, pero no le informaron las características del régimen ni las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas que conllevaría el cambio. Indicó que a la fecha ha cotizado 1.414 semanas. Refirió que, conforme a proyección pensional, su mesada en el RAIS sería de \$828.161, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$2'574.100. Finalmente, que solicitó el retorno a RPM, pero fue negado (expediente digital, archivo 03 fls. 1 a 27, subsanación archivo 07).

La AFP Porvenir S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. De los hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación compensación y las demás declarables de oficio. En su defensa argumentó que no procede declarar la nulidad absoluta del acto jurídico de afiliación al régimen de ahorro individual, pues la demandante no expone argumentos jurídicos que respalden tal pedimento, pues se trata de una persona plenamente capaz que tomó la decisión de forma libre y voluntaria quien no tenía derechos consolidados (expediente digital archivo 18 fls. 2 al 29, subsanación archivo 27).

Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS, el traslado de régimen, así como el traslado horizontal realizado por la demandante. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de 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 adiciono 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 y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la sostenibilidad financiera del sistema puede verse afectada al permitir que personas que no han contribuido al fondo común y que están incursas en prohibición legal de retornar, puedan obtener el reconocimiento de una prestación del mismo, de igual forma arguyó que el formulario de inscripción fue firmado previo a la respectiva información brindada por el asesor de la AFP y conforme a las normas vigentes para el momento en que se dio el cambio al RAIS (expediente digital, archivo 22 fls. 1 a 27 subsanación archivo 34).

Por auto del 10 de diciembre de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (expediente digital, archivo 29)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado cuarenta y uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de junio de 2022 (expediente digital, archivo 42), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por Dora Liliana Orozco Gil del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones a recibir los dineros provenientes de la AFP Porvenir S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUITO: CONDENAR en costas incluidas las agencias en derecho a cada una de las demandadas Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, y a favor de la demandante en la suma de 1'000.000 de pesos.

SEXTO: REMITIR copia de esta providencia a la agencia nacional de defensa jurídica del estado conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la sentencia se ordena remitir el proceso a la sala laboral del tribunal superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al potencial afiliado información veraz, suficiente sobre las características de cada régimen y las consecuencias propias del cambio, que le permitiera, con plena libertad efectuar el traslado de régimen, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas AFP Porvenir y Colpensiones apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. solicitó revocar de la sentencia, bajo el argumento que no existen razones fácticas y jurídicas que conduzcan a la ineficacia del acto jurídico, ya que la actora tomó la decisión de trasladarse horizontalmente manera consiente, espontánea y sin presiones y el fondo cumplió con los requisitos legales vigentes para la época, materializados con la suscripción del formulario. Menciona que el desconocimiento de la ley no es eximente de responsabilidad. Argumentó que la demandante solicita el traslado a Colpensiones por una mejor mesada pensional y no por falta de información o engaño, pues ratificó la intención de permanecer en el RAIS con tiempo de permanencia y la cantidad de cotizaciones realizadas. Alegó que en dado caso de confirmarse la ineficacia únicamente hay lugar a trasladar el capital y los rendimientos, pero no de los gastos de administración, porque se generaría un enriquecimiento injustificado de Colpensiones.

Colpensiones imploró revocar la decisión al señalar que la demandante se encuentra imposibilitada legalmente para trasladarse entre regímenes ya que no es beneficiaria del régimen de transición y no demostró que existiera una omisión o un error en la información suministrada por parte de los fondos privados. Imploró revocar la condena en costas como quiera que sea un tercero de buena fe que no intervino en el acto jurídico cuestionado.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y*

oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas la actora se afilió al ISS el 12 de junio de 1984 (expediente digital, archivo 3 fl. 29), migró al RAIS, administrado por Colmena hoy Protección S.A. el 7 de septiembre de 1994, según consta en formulario de vinculación (expediente digital, archivo 15 fl. 1), en el que se puede leer:

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

Posteriormente se trasladó a la AFP Porvenir el 10 de septiembre de 2003 conforme a certificado emitido por Asofondos (expediente digital, archivo 20 fl. 1 y 2).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la época del traslado trabajaba en *Market Software* como analista de soporte, allí se presentó una asesora de Colmena, quien mencionó que el Instituto de Seguros Sociales estaba en *decadencia* y podría perder las pensiones, esto la motivó a firmar voluntariamente el formulario que fue diligenciado por la promotora, convencida que la AFP tenía mayor solidez por pertenecer al sistema financiero. Aseguró que la asesora no le ilustró sobre las características del RAIS. Informó que el principal motivo para regresar

a Colpensiones es tener una pensión digna, que recibió extractos, pero solamente se ocupó de verificar que se reflejaran los pagos.

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

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

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

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los

rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Protección S.A. de devolver las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia la obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). En consecuencia, la sentencia será modificada también en este punto.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado cuarenta y uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de junio de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a

conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

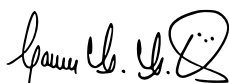
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de Condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a estos fondos con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaro voto

024 2019 00578 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 026 2019 00636 01
DEMANDANTE: LUZ MARINA MUÑOZ CUELLAR
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CEESANTIAS

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Porvenir S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de julio de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la *«nulidad del traslado»* al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a Porvenir a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos y semanas cotizadas. A esta última a aceptar los recursos y registrarla como afiliada sin solución de continuidad. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 10 de abril de 1962, se afilió al Instituto de Seguros Sociales en enero de 1983. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. en junio de 1995, posteriormente en enero de 2002 se trasladó horizontalmente a Colfondos y desde septiembre de 2003 regresó

a Porvenir S.A. Adujo que cambió de régimen convencida que podría pensionarse antes de los 57 años, que tendría derecho a excedentes de libre disponibilidad y que el monto de la pensión sería mayor al que obtendría en el RPM. Señaló que cuenta con 1.449 semanas cotizadas. Dijo que conforme a proyección realizada por Porvenir su mesada allí a los 57 años, sería de \$737.717 (expediente digital, archivo 01 fls. 6 a 32, fl 110 subsanación).

La AFP Porvenir S.A. rechazó el éxito de las aspiraciones. Aceptó la data de nacimiento de la demandante y su edad, el traslado horizontal a Colfondos y su retorno a Porvenir en el año 2003, la asesoría que brindó a la accionante respecto a la posibilidad de pensionarse anticipadamente, el derecho a disfrutar excedentes de libre disponibilidad y recibir una mesada pensional superior que en prima media, el número de semanas cotizadas, la solicitud de la demandante respecto al valor de la mesada y su respuesta. Manifestó que los demás hechos no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. Para enervar las peticiones, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, pues la demandante se trasladó de forma libre y voluntaria. Además, la demandante, persona capaz suscribió el formulario correspondiente y omitió su deber de informarse sobre las consecuencias de su decisión (expediente digital, archivo 03 fls. 2 a 20).

Colpensiones se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Admitió la data de nacimiento y su edad, el traslado horizontal a Colfondos y su retorno a Porvenir S.A. Manifestó que no le constan o no son ciertos los restantes hechos. Formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. En su defensa, argumentó que desde la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 en pro de una estabilidad financiera se crearon dos regímenes coexistentes para que el afiliado de manera libre y voluntaria eligiera a cuál de ellos permanecer, por lo que la accionante gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen y está incurso en prohibición legal para retornar a prima media (expediente digital, archivo 08 fls. 2 a 12).

Por auto del 26 de abril de 2022 (expediente digital, archivo 20, fls 1 a 2), se dispuso vincular al contradictorio a la La AFP Colfondos S.A. que al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora, su edad y el traslado horizontal a Colfondos. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y las demás declarables de oficio. Para enervar las pretensiones, indicó que cumplió con el deber de información en los términos establecidos en la ley para la fecha del traslado y la actora voluntariamente suscribió el formulario de afiliación. Señaló que la demandante no hizo uso del derecho de retracto (expediente digital, archivo 17 fls. 4 a 15).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de julio de 2022 (expediente digital, archivo 26), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante Luz Marina Muñoz Cuellar, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al Fondo de Pensiones Porvenir a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR al fondo de pensiones Colfondos a que remita a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones los dineros descontados por gastos de administración durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones para que acepte dichas transferencias y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones Porvenir y Colfondos, a razón de un 50% a cargo de cada una, fijándose como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000).

Como sustento de su decisión, concluyó que Porvenir no demostró que al momento del traslado suministró a la demandante información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que le traería a su futuro pensional la decisión de cambiarse; sostuvo que la sola firma del formulario de afiliación no cumple tal finalidad.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, la demandada Porvenir S.A. apeló lo resuelto al argumentar que si bien existe un precedente jurisprudencial por la Corte Suprema de Justicia, no puede aplicar de manera homogénea en todos los casos y en el presente no opera por cuanto, la demandante contó con la debida asesoría sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS. Además suscribió y firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación, admitió conocer los requisitos exigidos para pensionarse en este fondo. Expuso que cumplió con el deber de brindar información al amparo de las exigencias legales vigentes para la época del traslado y que la demandante faltó a su deber de consumidor financiero.

De otro lado, alegó que no es viable ordenar la devolución de los gastos de administración, pues estas sumas fueron descontadas por mandato legal, además compensan la gestión de administración que generó en la cuenta individual rendimientos que, de haber permanecido afiliada a prima media, no hubiera obtenido. Finalmente, señaló que el traslado de estas sumas de dinero generaría un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el

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

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencia CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es

recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

La actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 10 de julio de 1984 (expediente administrativo, archivo 01 fls. 1 a 4), migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A. el 1 de junio de 1995, mediante la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 03 fl. 51), en el que se puede leer:

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

Posteriormente, se trasladó horizontalmente a Colfondos el 1 de febrero de 2002 y a partir del 1 de septiembre de 2003 en adelante a Porvenir S.A., conforme historial de afiliación emitido por Asofondos (expediente digital, archivo 03 fl. 22).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante narró que para la época del traslado estaba vinculada a la Caja de Previsión Municipal de Florencia, un asesor de Porvenir se acercó a la alcaldía y le informó que las cajas de previsión social se acabarían por lo cual debía escoger un fondo privado para que administrarán su pensión. Refirió que el asesor le indicó que los aportes realizados al ISS pasarían al fondo privado al momento del traslado, convencida de ello firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación. Arguyó que no le informaron sobre las características, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad. Señaló que posteriormente, un amigo de la jefe de personal le pidió como favor trasladarse horizontalmente a Colfondos y le puso de presente que era *lo mismo* que Porvenir. Luego, a su lugar de

trabajo llegó un funcionario de Porvenir y les aseguró que iban a crear una oficina de esta AFP en el Caquetá y esto la motivó a retornar a dicha administradora. Reconoció que antes del traslado de régimen conocía los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el ISS. Admitió que la motivación de trasladarse a Colpensiones radica en que se sintió engañada por la AFP

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

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

En el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS, las cotizaciones realizadas y los aportes al fondo de pensiones de voluntarias, no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

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

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

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

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Colfondos S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida*

administrado por COLPENSIONES” (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será modificada en este punto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de julio de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

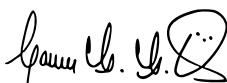
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales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

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



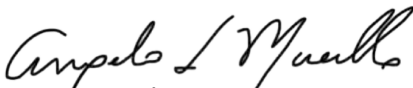
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaro voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 026 2020 00419 01
DEMANDANTE: JOSÉ MARÍA ROLANDO ROLDAN GIRALDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de junio de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la ineficacia y/o «*nulidad*» del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A., adelantada en marzo de 1995 y válidamente afiliado a Colpensiones. En consecuencia, condenar a la AFP a trasladar a Colpensiones los aportes realizados. A esta a última contabilizar las semanas para efectos pensionales. A las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 17 de agosto de 1951, se afilió al ISS el 31 de enero de 1986, a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones el actor contaba 40 años por ello es beneficiario del régimen de transición. Adujó que a su lugar de trabajo

“Universidad de los Andes” se presentaron asesores del fondo privado para obtener afiliación de los trabajadores de la Institución, pero no informaron de forma adecuada, veraz, oportuna y completa las características de cada régimen pensional, sus ventajas y desventajas y las implicaciones que la decisión tendría en su futuro pensional. Indicó que a la fecha reúne un total de 1750 semanas cotizadas. Expuso que de conformidad con la proyección pensional de la AFP su mesada sería de \$7.723,448 entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$11.022.593. Finalmente, que fue negado el retorno a RPM por las demandas (expediente digital, documento 01 fls. 1 a 17).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de natalicio del demandante, la afiliación al régimen de prima media, la entrada en vigencia del sistema general de pensiones y como beneficiario del régimen de transición y la reclamación administrativa. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. Para enervar las pretensiones, argumentó que el actor persona plenamente capaz suscribió el formulario de manera libre, espontánea y sin presiones (expediente digital, documento 10, fls. 2 a 11)

Por auto del 27 de agosto de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (expediente digital, documento 13)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 16 de junio de 2022 (expediente digital, documento 18), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante José María Rolando Roldan Giraldo al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al Fondo de Pensiones Protección a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

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

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones protección fijándose como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento del traslado información de todas y cada una de las de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional en su caso particular como beneficiario del régimen de transición.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió Instituto de Seguros Sociales, el 31 de enero de 1986 (expediente digital, documento 01 fls. 40), de conformidad con la copia de la cédula de ciudadanía nació el 17 de agosto de 1951, por lo que al 1 de abril de 1994 contaba con 42 años de edad y en consecuencia es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad. Cotizó al RAIS desde marzo de 1995 (Expediente digital, documento 01, fls 26 a 39).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló para la época del traslado prestaba servicios a la “*Universidad de los Andes – departamento de física*” fue citado a una oficina de recursos humanos en donde el promotor de Protección diligenció el formulario de afiliación. Indicó que el promotor le hablo de lo interesante que sería pasarse a un fondo privado, porque sería el titular de una cuenta, sabría cuánto ahorraría y obtendría rentabilidad, esto que le permitiría pensionarse anticipadamente debido a que la prestación solo dependería del capital que ahorrara. Señaló saber que podría hacer aportes voluntarios. Aludió que tenía entendido que en RPM la edad de pensión era 60 años y el número de semanas eran de 1.300. Refirió que en 2006, solicitó el traslado, pero fue negado por no encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad de pensión. Manifestó que en el RAIS la pensión no será vitalicia y sentirse engañado, pues su realidad pensional no concuerda con las expectativas que le generaron, además no le informaron sobre las implicaciones del cambio como beneficiario del régimen de transición.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

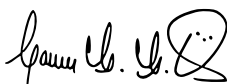
PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la decisión proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de junio de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle

pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



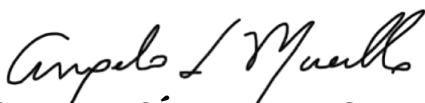
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaro voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 29 2019 00523 01
DEMANDANTE: FRANCIA INÉS NARANJO NARANJO
DEMANDADO: REAL STATE CORE GROUP SAS

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de junio de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo con Fontor S.A.S. desde el 1 d octubre de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2018, en el texto del documento se presentó que el contrato fue objeto de sustitución patronal el 1 de diciembre de 2018, pasando a ser el nuevo empleador la demandada Real State Core Group SAS, esta que puso fin al vínculo sin que mediara justa causa el 14 de marzo de 2018 y pagó de forma incompleta la indemnización por despido injustificado. En consecuencia se condene a la demandada a pagar debidamente indexado el mayor valor de la indemnización por despido con la inclusión de los salarios de junio de noviembre de 2018. Asimismo, a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 1 de octubre de 2017, se vinculó a Fontor S.A.S. mediante contrato de trabajo a término fijo por 14 meses hasta el 30 de noviembre de 2018, con salario de \$5.500.000, para desempeñarse como Gerente Regional de Operaciones KW Colombia-

Regional Operations Manager KW Colombia, dentro de sus funciones estaban las de implementación y guía de la estructura salarial en función del centro de negocios, manejo de relaciones públicas con los potenciales y principales operadores de cada franquicia de *Keller Williams Colombia* de propiedad de la demandada, seguimiento y guía de las operaciones de los nuevos centros de negocios, lanzamiento de los centros de negocios, traducir el material de formación y entrenamiento para las oficinas, entre otras.

Adujo que el contrato de trabajo presenta una inconsistencia dado que en la primera página se señala como fecha de terminación el 30 de noviembre de 2018, entre tanto en la cláusula décima se indica que la duración sería de 2 meses contados a partir del 1 de octubre de 2017. Sostuvo que el 1 de diciembre de 2017, le fue informado que su contrato de trabajo había sido objeto de sustitución patronal, pasando a ser su nuevo empleador Real State Core Group S.A.S. Adujo que el 2 de febrero de 2018, su superior, Diego Lomanto Gómez en calidad de Director Regional de la demandada le comunicó verbalmente la intención de la empresa de terminar el contrato, sin junta causa. Refirió que solicitó copia del contrato, que le fue entregada el 3 de febrero de 2018.

Señaló que el 5 de 2018, la empresa le puso de presente liquidación final que desconocía el valor de la indemnización por despido equivalente a los meses que restaba a la ejecución del contrato. Por tanto expresó sus reparos informando que padecía problemas de salud relacionados con padecimientos cardiacos y la determinación de cáncer de tiroides. En respuesta, en la misma data la empleadora le hizo entrega de otro sí para modificar la duración de su contrato de trabajo, pasando a término indefinido, el cual suscribió por desconocimiento.

Expuso que el 12 de febrero de 2018, Diego Lomanto de forma verbal le indicó que ya no se ejecutaría la decisión de terminar el contrato y le envía tres correos electrónicos para formalizar su situación: otro sí firmado en la fecha, sustitución patronal del contrato de trabajo y aviso sobre la intención de no renovar el contrato el 30 de noviembre de 2018; no obstante, mediante correo del 7 de marzo de 2018, Lomanto le informa que

su contrato era a término fijo de dos meses y que se había venido prorrogando en forma automática y su vencimiento era el 31 de mayo de 2018 y el 14 de marzo de la misma anualidad mediante carta le informa la decisión de dar por terminado el contrato unilateralmente y sin justa causa y al liquidar la indemnización tomó en cuenta únicamente los salarios del 15 de marzo al 31 de mayo (fls 30 a 43)

Al dar respuesta, la convocada a juicio se opuso al éxito de las peticiones. Admitió que el contrato con Fontor S.A.S. fue suscrito el 1 de octubre de 2017, las funciones desempeñadas, el salario pactado, la sustitución patronal, que la actora expuso problemas de salud, que el 14 de marzo de 2018, Diego Lomanto Gómez informó la terminación del contrato y que la indemnización por despido injusto se calculó sobre el valor de los salarios restantes hasta el 31 de mayo de esa anualidad. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes hechos. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, pago, buena fe de la compañía, mala fe del demandante, compensación, inobservancia al principio de moralidad procesal y las demás declarables de oficio (fls. 61 a 70)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de junio de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre la demandada Real State Core Group SAS y la demandante Francia Inés Naranjo Naranjo existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 1 de octubre de 2017 al 30 de noviembre de 2018.

SEGUNDO: DECLARAR que el contrato de trabajo terminó sin justa causa.

TERCERO: CONDENAR a la demandada Real State Core Group SAS a pagar a la demandante Francia Inés Naranjo Naranjo la reliquidación de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, equivalente a la suma de \$33.000.000, que deberá ser indexada según el I.P.C certificado por el DANE al momento de su pago.

CUARTO: CONDENAR a la demandada en costas fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

En lo fundamental encontró probado que las partes celebraron un contrato de trabajo que fue objeto de sustitución patronal, el cual señala

dos fechas de duración. Determinó que el otro sí, no firmado por la demandante, se constituye en un indicio que la verdadera intención de las partes fue ratificar que el contrato se extendía hasta el 30 de noviembre de 2018. Señaló que la interpretación favorable también aplica respecto de las fuentes, por tanto dio mayor valor al otro sí no firmado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada imploró revocar la decisión al argumentar que si bien la duda debe ser resuelta a favor del trabajador, la favorabilidad solamente opera en relación con la selección de normas que se enfrentan, más no de las pruebas. Así, si un hecho no se prueba, no puede invocarse el principio *in dubio pro operario*, tampoco puede aplicarse de forma parcial la norma.

Arguyó que en el presente asunto no se está frente a dos normas, sino a dos contratos de trabajo uno en borrador y otro en definitivo, donde este último corrige los errores del primero.

Para resolver, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si las partes pactaron la duración el contrato de trabajo que las unió hasta el 30 de noviembre de 2018 y si en consecuencia la demandada está llamada a pagar la reliquidación de la indemnización por despido injustificado.

Es verdad probada que la demandante se vinculó a Fontor S.A.S. el 1 de octubre de 2017 (fls. 9 a 15), que el contrato fue objeto de sustitución patronal a partir del 1 de diciembre de la misma anualidad, pasando a ser el empleador la demanda Real State Core Group SAS y que esta decidió darlo por terminado el 14 de marzo de 2018 (fl. 26), pues así fue aceptado por esta al contestar el libelo introductorio.

Frente al punto, dispone el artículo 46 del Código Sustantivo de Trabajo, subrogado por el artículo 3º de la Ley 50 de 1990 que:

Contrato a término fijo.

El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.

1. Si antes de la fecha de vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado y así sucesivamente.

2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales, el término de renovación no podrá ser inferior a un año, y así sucesivamente.

Ahora tratándose de un contrato a término fijo, la indemnización por despido sin justa causa equivale al valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado, según dispone el inciso 3º del artículo 64 del Código sustantivo de trabajo Trabajo.

Pues bien, a efectos de resolver el problema jurídico planteado se tiene que la demandante aportó copia del contrato individual de trabajo a término fijo suscrito el 1º de octubre de 2017 (fls 9 a 15), con Fontor S.A.S. en cuyo cuadro de encabezado se indica como fecha de terminación el 30 de noviembre de 2018 y como periodo de prueba 12 días, se lee además que las partes acordaron entre otras las siguientes cláusulas:

NOVENA. PERIODO DE PRUEBA. Los primeros (12) días del mes en el presente contrato, se consideran como periodo de prueba y, por consiguiente cualquiera de las partes podrá terminar el contrato unilateralmente, en cualquier momento durante dicho periodo, sin que por este hecho se cause el pago de indemnización alguna.

DÉCIMA. DURACIÓN DEL CONTRATO. La duración del contrato será de dos (2) meses contados a partir del 1º de octubre de 2017, mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo.

Aportó, comprobantes de nómina quincenales de los periodos diciembre de 2017 y enero de 2018 (fls 16 y 17). Correo electrónico del 12 de febrero de 2018, en el que Diego Lomanto Gómez, dando alcance a conversación sostenida con la demandante le remite *«los documentos a firmar, para legalizar adecuadamente el contrato a término fijo hasta el 30 de noviembre de 2018»* «OTROSÍ FRANCIA NARANJO, SUSTITUCION

PATRONAL FRANCIA NARANJO, PREAVISO CONTRATO FRANCIA NARANJO».

Al remitirse la Sala a los documentos adjuntados al correo, no desconocidos ni tachados por la demandada se verifica que en el acuerdo de sustitución entre empleadores la demandada acepta que *«entre FONTOR SAS existe Contrato de trabajo a término fijo comprendido entre el 01 de octubre de 2017 y el 30 de noviembre de 2018»* (fls. 22 y 23).

En el otro sí al contrato enviado a la actora (fls 20 a 21), quedó consignado en el aparte de las consideraciones:

1. Que el día 01 de octubre de 2017 en la ciudad de Bogotá, se celebró contrato a término Fijo, entre el TRABAJADOR y FONTOR S.A.S., quien en su momento figuraba como EMPLEADOR con fecha de iniciación de labores el día 01 de octubre de 2017, para ejercer el cargo de REGIONAL OPERATIONS MANAGER KW
2. Que a partir del día 01 de diciembre de 2017, se firmó una sustitución patronal siendo el nuevo empleador REAL STATE GROUP S.A.S.
3. Que las partes han ratificado que el término de duración del contrato a término fijo va desde el 01 de octubre de 2017, hasta el 30 de noviembre de 2018.

En adición en el documento se propone modificar la cláusula décima del contrato inicial así:

MODIFICACIÓN CLAUSULA DÉCIMA. La duración del contrato a término fijo será desde el 1º de octubre de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2018. No obstante, si antes de la fecha de vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, este se entenderá renovado por un periodo igual al inicialmente pactado.

También se ocupa de modificar cargo desempeñado que pasaría a ser Director Regional de Operaciones, asigna nuevas funciones y dispone que *«el incumplimiento de una cualquiera o varias de las obligaciones o funciones o referida en esta cláusula, aun por una sola vez, será considerado como falta grave para todos los efectos legales»*.

Finalmente, el tercer documento remitido a la promotora del juicio adiado del 12 de febrero de 2018, consiste en el preaviso a la terminación del contrato (fl. 19). En él se puede leer:

De acuerdo al contrato a término fijo suscrito el día 1 de octubre de 2017 y las modificaciones posteriores; este finaliza el 30 de noviembre de 2018. Por lo anterior le estamos comunicando que por decisión de la empresa y las labores temporales desarrolladas, este contrato no se prorrogará, y finalizará una vez cumplidas las labores del día 30 de noviembre de 2018, fecha hasta la cual se liquidarán sus prestaciones sociales y demás derechos correspondientes.

Importa destacar que en los documentos adjuntados al correo (fls.19 a 23).

De otra parte, la accionante allegó comunicación del 15 de febrero de 2018 (fls 24 y 25) dirigida a la demandada – Diego Lomanto en la que le pone de presente, entre otras, que el día 2 de febrero de 2018 la citó y le informó la terminación del contrato sin justa causa, luego el 5 del mismo mes y año él, le indicó que se trataba de una equivocación. La demandante en esta misiva acepta que recibió el correo electrónico del 12 de febrero de 2018, junto con sus anexos y al respecto manifiesta que la empresa reconoce que el término del contrato se extiende hasta el 30 de noviembre de 2018 y expresa:

Sobre el Otro Si y la Cláusula Adicional Al contrato referido debo informarle , que no resulta procedente la firma de estos documentos habida cuenta que ambos documentos pretenden de manera deliberada y extemporánea, variar condiciones inicialmente acordadas en el contrato referido y firmado con antelación que además de extrapolar el terreno del “Ius Variandi”, pretenden desconocer apartes del Contrato suscrito , que por “ministerio legal regula la relación laboral establecida por la empresa y la abajo firmante

Es importante destacar que en la comunicación la actora solicita que la carta de preaviso *signada* por el representante legal o Diego Lomanto *«como legalmente corresponde, para poder hacer efectiva la decisión tomada unilateralmente por Uds., sin justa causa el 30 de noviembre de 2018»*

La demandada, aportó comunicación del 7 de marzo de 2018 (fls 74 a 77), en la que expone a la demandante, en lo que importa al proceso, que de conformidad con el contrato de trabajo la duración sería de dos meses, que con ocasión de la sustitución patronal se hacía necesario efectuar modificaciones al contrato de trabajo en aspectos como el acuerdo de los empleadores frente a las obligaciones laborales y la modificación al cargo. En adición le pone de presente que en atención al término pactado el contrato se había prorrogado hasta marzo de 2018 y por esta razón en febrero se comunicó la decisión de no prorrogarlo. Empero, como quiera

que la actora comunicó padecimientos de salud, la empresa le propuso modificar la duración del contrato hasta el 30 de noviembre de 2018 y por correo le envió los documentos, los que no fueron firmados por Naranjo, por no estar de acuerdo con su contenido. En consecuencia, la empresa comunicó:

Así las cosas, y ante la negativa suya de cambiar la duración del contrato a indefinido o de modificar la duración; la empresa tomará las condiciones iniciales del contrato de trabajo a término fijo cuya duración es de dos (2) meses según la cláusula décima de dicho contrato

De otro lado, la actora allegó comunicación de fecha 14 de marzo de 2018 (fl. 26), mediante la cual la demandada comunica su decisión de terminar el contrato en los siguientes términos:

Informamos a Usted que REAL STATE CORE GROUP SAS ha decidido dar por terminado el contrato de trabajo a término fijo de dos meses; sin justa causa con fundamento en el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el art. 28 L789/2002. Esta terminación es efectiva a la finalización de la jornada de trabajo del 14 de marzo de 2018.

Ahora bien, a solicitud de la parte actora fueron decretados y escuchado los testimonios de Sandra Milena Bernate Gil y Edwin Durán Martínez, la primera manifestó que fue compañera de la actora en Keller Williams (Kinstong), cuando esta se desempeñaba como Gerente Regional, luego las dos y otras tres personas pasaron a Fontor con un nuevo contrato a término fijo hasta el 30 de noviembre de 2018. Sostuvo que a la demandante y a *Edwin* les entregaron carta de despido el 5 de febrero de 2018 y aquella no aceptó y expuso que tenía problemas de salud y no podía quedarse sin trabajo.

El testigo Edwin Durán Martínez, informó que fue compañero de trabajo de la accionante en una empresa inmobiliaria llamada KW Colombia que estaba representada inicialmente por *Kingston*, luego cambiaron la franquicia a Fontor S.A.S. y luego a la demandada. Señaló que cuando él llegó a la empresa ya la demandante laboraba allí. Respecto de la terminación del contrato manifestó que el 5 de febrero a él le comunicaron la terminación del contrato la cual aceptó, pero luego se dio cuenta que había sido mal liquidado, razón por la cual instauró demanda en contra de la empresa. Sabe que el mismo día le comunicaron la decisión a la actora y que esta no aceptó debido a su estado de salud. Aseguró que

todas las personas que pasaron en la sustitución patronal tenían el mismo contrato.

A solicitud de la demandada fue decretado y practicado el testimonio de Ángela Adriana Alba Rubio, señaló que se desempeñó como Coordinadora Administrativa, Financiera y de Recursos Humanos de Fontor S.A.S., de 2017 a 2019 ubicada en la calle 79, dijo que no conoció a la actora, porque esta trabajaba en KW que estaba ubicada en la calle 94, pero en razón a la gestión administrativa de la testigo cruzó correos con la demandante, por esto sabe que cuando fue comprada la franquicia de KW mientras hacían toda la legalización de la nueva razón social y para no cambiar o dañar la operación, los socios decidieron contratar a los empleados que estaban en KW por dos meses, para que luego una vez la creado el NIT el contrato fuera firmado por ellos.

Expuso: mientras hacían los papeles y toda la legalización de la razón social de KW Fontor tomó los empleados que habían e hicieron un contrato por dos meses inicialmente con todo el personal para todo el personal de KW que se quedó» «hicieron un contrato con Fontor por dos meses mientras se legalizaba la empresa o la franquicia aquí en Colombia y pues decidían si dejaban o no dejaban el personal o ya tomaban decisiones como franquicia».

Aseguró que hizo *«los contratos desde el 1 de octubre y eran por dos meses»*. Inicialmente los hizo una niña del SENA, *«el contrato era por dos meses creo que hubo un error en la fecha final del contrato y nos lo devolvieron nosotros hicimos la corrección lo devolvimos con la corrección y ya se firmó y en la carpeta quedó el contrato ya firmado con la corrección y el visto bueno de gerencia»*. Aseguró el personal de KW fue quien identificó el error y devolvió los contratos, pero a estos tuvieron acceso los trabajadores.

Al absolver interrogatorio departe la demandante expuso que en 2015 ingresó a laborar con Kinsgton que era la dueña de la franquicia de KW Colombia, renunció el 8 de septiembre de 2017, de septiembre a

octubre trabajó sin contrato para Fontor y el contrato se suscribió el 1 de octubre de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2018. Aseguró que la nueva empresa estuvo lista hasta diciembre, en enero les hicieron firmar varios otro sí, porque los contratos quedaron mal por fecha o por texto.

Admitió que ante su estado de salud y por sugerencia de su abogado no los firmó. En consecuencia, Diego le propuso que se quedara y cumpliera el contrato hasta noviembre de 2018 y para ello le envió un correo con el otro sí y la carta de no renovación del contrato, estas que no aceptó, ni firmó porque su abogado le dijo que cualquier *medio error* que cometiera sería causal justa para despedirla pues le habían cambiado las condiciones del trabajo. Señaló que en consecuencia Diego Lomanto la citó el 14 de marzo de 2018 y le entregó la carta de terminación junto con la liquidación hasta el 31 de mayo.

Analizados en conjunto los medios de convicción antes relacionados concluye la Colegiatura que pese a que el contrato suscrito entre Fontor S.A.S. y la demandante el 1 de octubre de 2017, indica en el recuadro inicial como fecha de terminación del vínculo «30/11/2018», la voluntad de las partes fue suscribirlo por termino fijo de dos meses el cual se desarrolló al tenor de lo dispuesto en el artículo 46 del Código Sustantivo de Trabajo de la siguiente manera:

Contrato	Desde	Hasta
Contrato termino fijo 2 meses	01/10/2017	30/12/2017
Primera prórroga	01/01/2018	28/02/2018
Segunda prórroga	01/03/2018	30/04/2018

A esta conclusión arriba la Sala al verificar que en el contrato de trabajo de manera expresa quedó consignada la duración por dos meses en la cláusula décima. En adición, en la cláusula decimo primera señalaron un periodo de prueba de 12 días que corresponde a la quinta parte del periodo pactado, tal como establece el inciso segundo del artículo 78 del Código Sustantivo de Trabajo.

Además, del análisis conjunto de los testimonios y el interrogatorio de parte es posible concluir que la demandante prestó servicios a KW de 2015 hasta el 8 de septiembre de 2017, empresa que manejaba la franquicia de *Kinstong*. Luego esta franquicia fue adquirida por Fontor S.A.S. con el objeto de constituir una nueva empresa que la manejara que resultó ser la demandada Real State Core Group. Igualmente, coincidieron en señalar que para evitar traumatismos y continuar con la operación mientras se constituía la nueva empresa algunos trabajadores de KW incluida la accionante fueron contratados por Forton S.A.S. y este sustituyó los contratos a Real State.

Lo anterior, conduce a concluir que por la transición entre empresas se mantuvo a la demandante en razón de las funciones que tenía a su cargo, por un periodo prudencial en espera de verificar la necesidad del servicio en Real State Core Group, por tanto, esto corrobora que la voluntad de las partes fue vincularse por espacio de dos meses y que el contrato se prorrogó por periodos iguales.

Importa señalar que el 12 de febrero de 2018, la demandada remitió correo electrónico y documentos en los que modificaba el extremo final del contrato de trabajo y proponía como tal el 30 de noviembre de 2018, tanto en el otro sí en el que se modificaba la cláusula décima del contrato inicial, como en el acuerdo de sustitución de empleadores y en el preaviso. Estos documentos emitidos por el empleador claramente le vincularían y conducirían a establecer que el vínculo finalizaba en la fecha señalada. Sin embargo, la demandante admitió al rendir declaración de parte que por sugerencia de su abogado, no aceptó estas condiciones y que lo comunicó a la empresa mediante escrito, este que obra en el expediente a folios 24 y 25 y 72 y 73.

A más de lo anterior, vale destacar que aunque el «preaviso» no requeriría aceptación de la trabajadora, en este caso debe entenderse como parte integral de las nuevas condiciones ofrecidas en el otro sí incluida la modificación del extremo final. Por tanto, no puede aisladamente considerarse como una aceptación de duración del contrato superior al término inicialmente pactado de dos meses que como se vio se prorrogó.

Con todo, si se diera otra interpretación, pese a provenir del empleador la accionante solicitó que el documento estuviera firmado para poder hacer efectiva la decisión.

Como si fuera poco, la demandada comunicó el 7 de marzo de 2018, que ante la no aceptación de las diferentes opciones de modificación al contrato inicialmente pactado se mantendría el término de dos meses, esto concuerda con lo confesado por la demandante quien aceptó que el contrato inicial presentó inconsistencias y por tanto en enero de 2018 se propusieron varias modificaciones, que no fueron aceptadas y que coincide con lo manifestado por la testigo Ángela Adriana Alba Rubio.

Bajo este panorama, al tenor de lo dispuesto en el artículo 55 del Código Sustantivo de Trabajo se recuerda que el contrato de trabajo como todos los contratos, deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ella. Así la simple mención de una fecha en números en una parte del contrato, en manera alguna tiene el alcance de desvirtuar o contrarrestar lo que las partes in extenso y armónicamente dejaron consignados en las cláusulas contractuales y que se corroboró con los demás medios de prueba.

Así las cosas, es claro que la demandante incumplió la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no demostró los supuestos en que fundo sus pretensiones, ello en el entendido que no demostró que fue contratada a término fijo desde el 1 de octubre de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2018, como se explicó en precedencia. En consecuencia, resulta forzoso revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a la demandada de pagar reliquidación por despido injustificado.

No se causan costas en la apelación. Las de primera instancia estarán a cargo de la demandante.

V. DECISIÓN

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

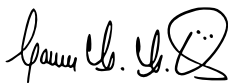
R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de junio de 2021, para en su lugar absolver a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra.

SEGUNDO Sin costas en esta instancia. Las de primera estarán a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



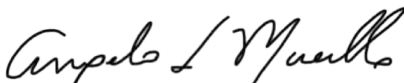
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Radicación n.º 1100131050 29 2019 00523 01

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 30 2018 00611 01
DEMANDANTE: GLORIA AMÉRICA NARANJO CASTIBLANCO
DEMANDADO: CORPORACIÓN ESCUELA DE ARTES Y LETRAS

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de diciembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 6 de febrero de 2004 hasta el 19 de diciembre de 2009, data en que renunció. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar la diferencia en los aportes de pensión desde el 6 a septiembre de 2004 hasta la terminación del vínculo junto con los intereses moratorios, la indexación correspondiente y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó servicios a la demandada por espacio de 5 años, 3 meses y 17 días como docente y percibió los siguientes salarios:

año	Salario
2004	\$550.000
2005	\$955.000
2006	\$1.000.000

2007	\$1.150.000
2008	\$1.173.900
2009	\$1.073.334

Adujo que aunque fue afiliada al sistema de seguridad social en salud, riesgos laborales y pensiones, la demandada utilizó como base de cotización el salario mínimo de cada anualidad. Señaló que mediante derecho de petición solicitó a su empleador el pago de la diferencia en los aportes, pero solo recibió evasivas indicándole que era la representante legal de la asociación de exalumnos (fls. 42 a 49).

Al dar respuesta, la convocada a juicio se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la existencia del contrato, su duración, el cargo desempeñado, que la actora fue afiliada al sistema de seguridad social y las cotizaciones se efectuaron sobre el salario mínimo, también que reclamó el pago de diferencias. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, falta de causa *petendi*, falta de legitimación en la causa por activa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y las demás declarables de oficio. Argumentó que los dineros destinados a cubrir el pago de portes a seguridad social no pueden ser entregados al trabajador, tampoco los intereses moratorios (fls.72 a 79)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 9 de diciembre de 2020, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre la Corporación Escuela de Artes y Letras, como empleador y la señora Gloria América Naranjo Castiblanco identificada con la cedula de ciudadanía No. 51.679.030 de Bogotá, como trabajadora, iniciando verbalmente a término indefinido desde el 29 de febrero de 2004 y luego transformado a término fijo mediante la suscripción de contratos de trabajo sucesivos a partir del 13 de septiembre hasta el 15 de diciembre de 2004, del 13 de enero al 30 de junio de 2005, del 16 de enero al 16 de diciembre de 2006, del 15 de enero al 21 de diciembre de 2007, del 1º de julio al 19 de diciembre de 2008, renovados automáticamente y sin solución de continuidad hasta que fue terminado unilateralmente por la trabajadora el 19 de diciembre de 2009, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Corporación Escuela de Artes y Letras, en su calidad de empleador a realizar el pago al sistema general de seguridad Social en pensiones administrado por Colfondos S.A Pensiones y Cesantías, desde el 29 de febrero de 2004 hasta 31 de octubre de 2005 con salario de \$660.000, del 1º de febrero de 2007 a 31 de diciembre de 2007 con el salario de \$1.150.000, del

1º de enero a 31 de marzo de 2008 y de 1º de septiembre a 31 de diciembre de 2008 con el salario de \$1.219.000, y a realizar y pagar las diferencias de los aportes realizados de los meses de septiembre de 2005 a enero del 2007, de mayo a agosto del 2008 y de enero a 19 de diciembre de 2009, que fueron realizados con base a liquidación del salario mínimo legalmente vigente para cada año, teniendo en cuenta los mayores valores que resulten, teniendo en cuenta el salario realmente devengado así; para el año 2005 \$660.000, para el año 2006 \$1.000.000, para el año 2007 \$1.150.000 y para los años 2008 y 2009 \$1.219.000, junto con los intereses y demás condiciones que exija el fondo de pensiones, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la parte demandada.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada Corporación Escuela de Artes y Letras, liquidense por secretaria e inclúyanse como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de \$500.000.

En lo fundamental indicó que las partes estuvieron vinculadas mediante varios contratos de trabajo unos a término indefinido y otros a término fijo, en todo caso de manera continua desde el 29 de febrero de 2004 hasta el 19 de diciembre de 2009. Para establecer el extremo inicial, al existir contradicción acudió al último día del mes señalado en la demanda y certificado por la empresa y para el extremo final utilizó la fecha indicada en la demanda. Expuso que la demandante está legitimada para perseguir el pago de aportes, pues están destinados a constituir su prestación de vejez. Con base en los distintos certificados y contratos determinó los salarios devengados año a año y encontró que el pago de aportes fue realizado sobre el salario mínimo y en otros ni siquiera hubo cotización.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada imploró revocar la decisión al argumentar es una institución educativa, por tanto celebra contratos por periodo académico o semestre académico, por tanto no se puede declarar la existencia de un único contrato. Argumentó que en la sentencia se imparte condena por cantidad superior u objeto distinto al pretendido, es decir que no guarda congruencia, con los hechos y pretensiones de la demanda, pues se ordenó pagar las diferencias a la AFP, esta que no fue vinculada al trámite procesal, cuando lo que solicitó la actora es que ese pago le fuera

cancelado directamente para incrementar su patrimonio. En consecuencia, el Juez, modificó las pretensiones de la demanda, las ajustó.

De otro lado, alegó que sobre los aportes reclamados ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción.

Para resolver, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si entre las partes existió un único contrato y si la demandada está llamada a pagar diferencias en aportes pensionales o si le asiste razón al señalar que este asunto no hizo parte de las pretensiones, y que en todo caso ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción.

Existencia del contrato de trabajo y continuidad en la prestación del servicio

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

Ahora el artículo 167 del Código de General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, los demandantes tienen la carga de probar los supuestos fácticos de sus pretensiones. Por ello, si un demandante alega la existencia de una vinculación laboral y solicita los derechos derivados de esta, debe

demostrar al menos la prestación del servicio y las fechas entre las cuales ocurrió, para que el juez pueda determinar qué derechos le corresponde y su cuantía. Lo anterior no es un asunto insustancial, pues de esto pueden derivarse diferencias muy significativas en cuanto al monto de las liquidaciones de cada prestación social, la prescripción que pudo afectar algunos de los derechos de los varios contratos, y así mismo el valor de las sanciones o indemnizaciones por mora.

La anterior línea de pensamiento se acompasa con la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 36748 de 23 de septiembre de 2009, reiterada en SL4408-2014 y SL17135-2016, al señalar:

Ahora, tiene razón la censura cuando afirma que al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, entre ellos los extremos temporales de la relación de trabajo, salario devengado, jornada laboral etc., pues de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa está obligado a probarla; pero establecer en el caso que nos ocupa, si tales aspectos aparecen o no demostrados, es un asunto puramente fáctico y por ende ajeno a la vía escogida para el ataque.

Ahora dispone el artículo 101 del Código Sustantivo de Trabajo que *El contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar.*

Frente a las cotizaciones al sistema de seguridad social la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que solo en tratándose de profesores con carga horaria inferior a medio tiempo, el establecimiento educativo estará llamado a realizar los aportes a seguridad social por el periodo académico en los demás casos los aportes serán realizados por año calendario. Así en sentencia CSJ SL 361-2008 rememorada en la sentencia CSJ 2799-2020 expuso:

En el caso de los docentes vinculados a instituciones privadas de educación superior, estima la Sala que cuando presten sus servicios mediante contrato de trabajo por hora cátedra y su intensidad horaria sea inferior a la de un profesor de medio tiempo, no resulta razonable ni proporcional imponer la carga patrimonial al empleador de cotizar por el periodo calendario, siendo lógico que cubra las obligaciones frente a la seguridad social, por el tiempo de vigencia de la relación laboral, es decir, por el periodo efectivamente laborado y de acuerdo con la remuneración percibida, y sobre esas bases se deben cuantificar los aportes, o como en el *sub examine*, el cálculo actuarial.

Esto es así, porque en los eventos de profesores hora cátedra, vinculados con contrato de trabajo con una baja intensidad horaria, implica disponibilidad del docente para el ejercicio de otras actividades laborales al servicio de otros empleadores o de manera independiente

Al amparo de lo expuesto, se procede al análisis de las pruebas que obran en el expediente digital, en el que se verifican certificaciones así:

Documento	Cargo y extremos	folio
Certificado del 15/09/2005	Directora de Egresados y Educación Continuada desde el 6 de septiembre de 2004 hasta la fecha. Contrato a término fijo inferior a un año	13
Certificación del 06/03/2006	Coordinadora Departamento de Bienestar Institucional. Contrato a término fijo. Salario \$1.000.000	14
Certificación del 06/06/2007	Directora de Egresados y <i>cumple funciones e coordinador de las Áreas Desarrollo Humano y Arte y Cultura de Bienestar Institucional.</i> Contrato a término fijo. Vinculada desde el 6 de septiembre de 2004, con asignación salarial de \$1.150.000	15
Certificación del 31/03/2008	Directora de Egresados y Educación Continuada desde febrero de 2004 hasta la fecha. Contrato a término fijo. Asignación mensual de \$1.219.000	11
Certificado del 24/11/2011	Directora de Egresados y Educación Continuada desde septiembre de 2004 hasta diciembre de 2009, <i>así mismo realizó labores Docentes en las asignaturas de Cátedra Ealista e Historia del Arte durante cuatro semestres</i>	12
Certificado del 06/12/2014	<i>Estuvo vinculada a nuestra institución desempeñando el cargo de docente en historia del arte y teoría del color en el año 2004; docente en técnicas artísticas y catedra ealista en el 2008; docente de artes aplicadas y apoyo en procesos interdisciplinarios durante el año 2009. Por otra parte fue la Directora del Departamento de Egresados y Presidente de la Asociación de Egresados (ASOEXEAL) desde el 2004 a 2009</i>	16

También obran contratos de trabajo veamos:

Modalidad contrato	Desde	Hasta	Cargo	Folios
Término fijo	13/09/2004	15/12/2004	Coordinadora de Egresados	80
Término fijo	13/01/2005	30/06/2005	Directora Oficina Egresados	17, 18 y 81 y 82
Término fijo	16/01/2006	15/12/2006	Coordinadora	19 y 83

			Departamento de Bienestar	
Termino fijo	15/01/2007	21/12/2007	Directora Oficina Egresados	20, 21 y 84 y 85
Termino fijo	01/07/2008	19/12/2008	Directora Egresados y <i>EDUCA. CONT</i>	22 a 24

Del análisis conjunto de los documentos extrae la Colegiatura primero que la demandante prestó servicios como docente, pero tan solo en algunos periodos y segundo que a lo largo de la vinculación laboral ejerció funciones administrativas principalmente como Directora de la Oficina de Egresados. De otro lado que la vinculación fue continua, bien porque los contratos fueron celebrados por anualidades o porque los acordados a término inferior se prorrogaron, pues no obra prueba que demuestre lo contrario.

En consecuencia, la demandada está llamada a responder por las cotizaciones a pensiones causadas por año calendario, es decir de enero a diciembre y no por periodos académicos como pretende en la apelación, pues no se ocupó de demostrar que contrario a lo que certificó y al contenido de los contratos de trabajo, la actora se desempeñó como docente y que la intensidad horaria que le fue asignada era inferior a la de un profesor de medio tiempo.

Legitimación para reclamar

De otra parte, recuerda la Sala que la legitimación en la causa implica que quien reclama el derecho en el proceso judicial sea el titular del mismo, por ello, la demandante está legitimada para perseguir el pago de aportes en mora o diferencias generadas por su pago con un ingreso base de cotización inferior al salario realmente percibido, pues estos dineros están destinados a financiar la pensión de vejez o prestación que corresponda de la cual ella será titular.

Sobre el asunto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció en sentencia CSJ SL 795-2013 enseñó:

En efecto, debido a la naturaleza y características del sistema integral de seguridad social, generalmente los elementos necesarios para darle vida a una pensión de vejez se confeccionan dentro del mismo intervalo productivo de los afiliados, con la mediación de parámetros tales como la historia laboral o los aportes, así como el incremento de la edad, hasta un punto en el que la ley presume la merma de la capacidad de trabajo. Sin duda, dentro de dicho interregno pueden darse diversas contrariedades que, a la postre, pueden impedir que el derecho a la pensión nazca legalmente o que lo haga pero de una manera lesiva para los intereses del afiliado, en función de la rutina que mantuvo frente al sistema, en cuanto a afiliaciones, cotizaciones, ingresos bases de cotización, etc.

Por ello, teniendo en cuenta ese ideal constructivo y contributivo, que orienta las pensiones de jubilación, lo más justo y adecuado a las normas y principios del sistema de seguridad social, es que el afiliado tenga la oportunidad de enmendar o perseguir la integración de todos aquellos elementos que contribuyen al nacimiento de su pensión, o de atacar todas las contrariedades que afecten ese derecho en construcción, en cualquier tiempo, de manera que cuando cumpla el último de los requisitos necesarios para tales efectos, pueda empezar a disfrutar de su descanso de una forma remunerada, equilibrada y digna.

Facultades ultra y extra *petita*

Sobre el punto, recuerda la Sala que es deber y responsabilidad de la parte interesada precisar de manera clara las pretensiones o excepciones, según el caso, así como los hechos en que se fundan; no obstante en la realidad esto no siempre acontece, por ello en ejercicio de sus poderes el Juez como director del proceso está llamado a interpretar la demanda, definir el problema jurídico y establecer el verdadero alcance de las pretensiones en aras de evitar el desmedro del derecho sustancial.

Lo anterior, en manera alguna implica el desconocimiento del principio de congruencia que está orientado a obtener una respuesta judicial consecuente con los hechos probados en concertación con la necesidad de protección social del trabajador en cuanto a sus derechos mínimos e irrenunciables, siempre y cuando hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados. Así aunque el juez está sometido al marco jurídico procesal que le fijen las partes está dotado de facultades extra y ultra *petita*, bajo el imperativo de hacer prevalecer el derecho sustancial en tratándose de derechos mínimos fundamentales e irrenunciables de trabajadores y afiliados al sistema de seguridad social.

En el asunto bajo examen aunque la demandante solicitó en el escrito genitor el pago de «*reajuste a los aportes de pensión correspondiente desde 6 de septiembre del año 2004 hasta 19 de diciembre de 2009. Es*

decir la suma aproximada de \$20.000.000» junto con los intereses moratorios e indexación. La ley 100 de 1993 dispone la afiliación obligatoria de los trabajadores al sistema de seguridad social y la cotización de aportes con base en el salario devengado, siendo este un derecho mínimo e irrenunciable. Lo que implica, en lo que importa al proceso, la vinculación a una administradora de pensiones.

En consecuencia, aunque la accionante haya peticionado el pago de diferencias, el Juez de primera instancia no vulneró el principio de congruencia, ni extra limitó sus facultades ultra y extra *petita* al ordenar el pago de aportes en mora de periodos comprendidos en los extremos señalados en la demanda y en los que en todo caso se probó existió la relación laboral, tampoco se equivocó al ordenar el pago de las diferencias en la base de cotización a la AFP a la cual esta vinculada la demandante, pues esta es la entidad llamada a administrar tales recursos y a reconocer a futuro la prestación a que haya lugar.

Prescripción

Sobre el particular, el sistema jurídico colombiano prevé la institución de prescripción como un modo de extinguir los *“derechos u obligaciones, como resultado de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley, por cualquier razón subjetiva que motive la inacción de su titular”*¹. Conforme a ello, es dable entender que esta figura materializa el principio constitucional a la seguridad jurídica, al impedir una indefinición latente y prolongada de los problemas jurídicos surgidos de hechos jurídicos relevantes, como aquellos que pueden derivarse de la relación entre los empleadores y las entidades que integran el sistema de la seguridad social.

Ahora, los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS son los preceptos que de manera general y con carácter de orden público reglan la prescripción extintiva, y contemplan un término trienal que empieza a correr desde la exigibilidad del derecho; empero, tratándose de la acción para reclamar el pago de aportes pensionales omitidos por el empleador,

¹ Sentencia C-091 de 2018 Corte Constitucional.

que constituyen capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación, no opera la prescripción, al estar ligados de manera indisoluble al estatus de pensionado.

Así, las reclamaciones sobre afiliación, cotizaciones o aportes, ingreso base de cotización y, en general, todos los componentes de la pensión, se pueden adelantar en cualquier tiempo, pues mientras el derecho pensional está en formación, la prestación está sometida a condición suspensiva, lo que implica que durante dicho lapso no es exigible y por tanto no prescribe el derecho que le asiste al accionante para poder reclamar. En consecuencia, si bien el contrato de trabajo entre las partes finalizó en diciembre de 2009, lo cierto es que tal como acertadamente concluyó el Juez en el presente asunto no es procedente declarar probada la excepción de prescripción.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Colegiatura confirmará la sentencia de primera instancia.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

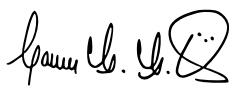
R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de diciembre de 2020.

SEGUNDO Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



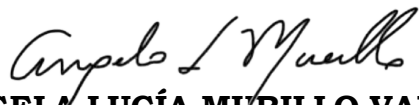
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

030 2018 00611 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 31 2021 00243 01.
DEMANDANTE: ELIZABETH CARVAJAL DUQUE
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

En grado jurisdiccional de consulta estudia la Sala la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de agosto de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare que el derecho a disfrutar de la pensión de vejez que percibe, se causó el 24 de mayo de 2020. En consecuencia se condene a la demandada apagar el retroactivo correspondiente a las mesadas causadas desde dicha data y hasta el 28 de febrero de 2021, junto con los intereses moratorios, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 24 de mayo de 1963, alcanzó 57 años de edad en 2020. Cotizó 1.705 semanas al Instituto de Seguros Sociales. Adujo que el empleador Colmena Riesgos Profesionales reportó la novedad de retiro en abril de 2017. Refirió que mediante sentencia del 27 de marzo de 2019, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá declaró la nulidad del traslado del régimen de prima media al RAIS materializado el 16 de julio de 2001, en consecuencia

ordenó a la AFP Protección trasladar a Colpensiones los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual. El fondo dio cumplimiento a lo resuelto.

Expuso que el 5 de febrero de 2021, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez. En respuesta, la entidad mediante Resolución SUB 39750 del 16 de febrero de 2021, en cuantía inicial de \$2.227.988, resultado de aplicar al IBL de \$2.936.199 una tasa de remplazo del 75.88%. Inconforme interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, empero fue rechazado (fls. 1 a 10).

Colpensiones se opuso a las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora, las semanas cotizadas, el contenido de la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, las reclamaciones elevadas y los actos administrativos emitidos en respuesta. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses argumentó que la accionante no acreditó el retiro del sistema (fls. 1 a 9)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 30 de agosto de 2021, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante Elizabeth Carvajal Duque la suma de \$22.504.211 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 24 de mayo de 2020 al 28 de febrero de 2021.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante Elizabeth Carvajal Duque los intereses moratorios a la tasa más alta vigente sobre la suma de \$22.504.211 a partir del 5 de junio de 2021, hasta que se realice el pago total de la obligación.

TERCERA: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante Elizabeth Carvajal Duque la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente por concepto de costas y agencia en derecho.

CUARTO: Se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que la sentencia no sea apelada.

Básicamente, señaló que se configuró el retiro tácito, por tanto la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación desde el momento en que alcanzó los 57 años. De otro lado, sostuvo que la entidad reconoció la prestación en un término superior al que le otorga la Ley.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala definir si la accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez desde la data en que alcanzó los 57 años de edad.

Es verdad probada que: i) que Colpensiones reconoció a la accionante pensión de vejez mediante Resolución SUB 39750 del 16 de febrero de 2021 a partir del 1 de marzo de 2021, en cuantía inicial de \$2.227.988 (fls. 28 a 36 demanda).

Pues bien, el artículo 13 del Decreto 758 de 1990 dispone que *“la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”* (Subrayado fuera de texto). Igualmente, el artículo 35 del citado precepto legal, señala que *“Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, **previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión** El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la*

supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona.” (Negrilla fuera de texto original).

En ese horizonte, existe una clara diferencia entre la causación del derecho a la pensión y el disfrute de las mesadas pensionales, dado que el primer evento, se suscita en el momento en que el afiliado reúne los requisitos para acceder a la prestación, es decir, que se configura cuando el asegurado arriba a la edad mínima requerida y también acumula la densidad de semanas exigidas, según el régimen pensional que le sea aplicable, de modo que al concurrir el cumplimiento de éstos dos requisitos se causa el derecho a la pensión. Entre tanto, el disfrute opera previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutarla.

Jurisprudencialmente la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, ha puntualizado que por regla general la desvinculación del sistema es un requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, sin embargo, por vía excepcional existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de administrar justicia, de las cuales se pueden colegir la desafiliación efectiva del sistema.

Sobre el particular, la sentencia CSJ SL 5306-2016, reiterada en SL SL756-2018, precisó:

El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales **la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema**, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

Al amparo de las anteriores reflexiones, en el caso concreto se advierte conforme al reporte de semanas cotizadas actualizado al 27 de noviembre de 2020, allegado junto con la demanda y no discutido o tachado por la entidad el último aporte realizado por la demandante como a través del empleador «*RIESGOS PROFESIONALE*» corresponde al periodo abril de 2017

Igualmente, está demostrado que la promotora del juicio nació el 24 de mayo de 1963, por lo que los 57 años de edad los alcanzó el 24 de mayo de 2020, época para la cual contaba con más de 1.700 semanas cotizadas. Así las cosas, para el 5 de febrero de 2021, data en que solicitó el reconocimiento de la pensión (fl. 28), acreditaba la totalidad los requisitos para acceder a la prestación de vejez en los términos previstos en el la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Así pues, es válido concluir que la demandante cesó las cotizaciones tres años antes de alcanzar la edad de pensión, cuando ya acreditaba 1.705 semanas y esta conducta denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, por tanto la entidad no podía abstenerse de reconocer la pensión desde el momento en que se causó esto es, el 24 de mayo de 2020, cuando reunió los requisitos previstos en la norma.

No olvida la Sala que en el caso de la accionante fue declarada la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y que en consecuencia la AFP Protección debió trasladar los recursos que recibió mientras la actora permaneció allí. Esta Colegiatura en casos, en los que se solicita la ineficacia del traslado y el reconocimiento de la pensión de vejez ha dispuesto que Colpensiones únicamente está en la obligación de reconocer la prestación una vez reciba debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades.

En el asunto puesto en consideración no es posible determinar la fecha en que el traslado de recursos se dio y surgió para la entidad la obligación de reconocer la prestación, empero del contenido del acto administrativo mediante el cual fue otorgada la prestación se extrae que para aquella data, Colpensiones tomó en consideración 1.705 semanas y de conformidad con la historia laboral, este número incluye los aportes realizados al RAIS desde agosto de 2001. Vale precisar además que en la historia laboral generada el 27 de noviembre de 2020, se ven reflejadas las cotizaciones desde agosto de 2001 hasta abril de 2017 con la anotación *«Pago recibido del Régimen de Ahorro Individual por traslado»*. Es decir, que para el 5 de febrero de 2021, cuando la demandante petitionó la prestación la entidad contaba con esta información.

Bajo este panorama, es claro que la entidad no podía abstenerse de otorgar la prestación desde el momento en que la actora acreditó la edad y número de semanas, por lo que es procedente ordenar el pago del retroactivo correspondiente a las mesadas causadas desde el 24 de mayo de 2020 hasta el 28 de febrero de 2021, que asciende a \$22.509.090 esto es, una suma superior a la reconocida por el Juzgado por lo que la sentencia será confirmada como quiera que el grado de consulta se surte en favor de Colpensiones

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
24/05/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.192.686,00	8,23	\$ 18.053.114,7
01/01/21	28/02/21	1,61%	\$ 2.227.988,00	2,00	\$ 4.455.976,0
Total retroactivo				\$ 22.509.090,73	

Intereses moratorios

De conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de enero de 1994, del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

Sentado lo anterior, precisa la Sala que se causan intereses moratorios a cargo de la entidad obligada al pago de la pensión, cuando ésta se ha tardado en el pago de la mesada, o cuando hay una solución tardía en el reconocimiento de la pensión, para lo cual debe tenerse en cuenta el período de gracia que le concede el artículo 4 de la Ley 700 de 2001, modificado por el inciso final del parágrafo 1º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que pasó a ser de cuatro (4) meses contados a partir de la fecha de radicación de los documentos necesarios para resolver las solicitudes prestacionales.

Se encuentra demostrado que la accionante petitionó la pensión de vejez el 5 de febrero de 2021, en respuesta la entidad la concedió Resolución SUB 39750 del 16 de febrero de 2021, es decir dentro del término que le otorga la ley, empero no lo hizo de forma completa pues, tal como ya se analizó debió pagar las mesadas desde la fecha de causación del derecho, por tanto respecto de estas mesadas insolutas se generan intereses moratorios, mes a mes desde el 5 de junio de 2021 y hasta que se verifique el pago de la obligación, tal como acertadamente concluyó la Juez de conocimiento.

No se causan costas en el grado de consulta.

V. DECISIÓN

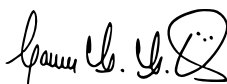
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin costas en el grado de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



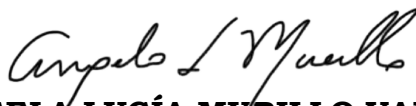
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada