



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 018 2021 00429 01
DEMANDANTE: MARCO FIDEL ANGULO CHAPARRO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de junio de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. En consecuencia, se ordene a la AFP a retornarlo, junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, a Colpensiones y, a ésta, a recibirlo sin solución de continuidad; asimismo, se condene a lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que estuvo afiliado al ISS desde el 1º de agosto de 1978 hasta el 30 de abril de 1994, acumulando un total de 736.14 semanas cotizadas. Para esa data laboraba en la Administradora de Pensiones y Cesantías Colmena hoy Protección S.A., y

su empleador le informó que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía que realizar el traslado a esa AFP. Aduce que no le informaron sobre el derecho de retracto y, de conocerlo, tampoco hubiese podido ejercerlo pues era obligación que todos los trabajadores realizaran el traslado, exceptuando quienes cumplieran con el régimen de transición; su empleador le aseguró que el Instituto del Seguro Social se acabaría, que podría pensionarse en el momento en que quisiera y, que no necesitaba cumplir una edad o semanas mínimas para adquirir una pensión; por todo lo anterior, realizó el traslado al RAIS. A enero de 2020 tenía un total de 1.588 semanas cotizadas. El 7 de mayo de 2021, solicitó a las demandadas la nulidad del traslado del régimen, obteniendo respuesta negativa. Finalmente, afirma que según simulación pensional en el régimen de prima media, a sus 62 años obtendrá una mesada pensional de \$1.754.956 (archivo 01 fls.2 a 21).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación del demandante al ISS, sus cotizaciones, la petición de nulidad presentada a las demandadas, sus respectivas respuestas y, la simulación pensional. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la afiliación del demandante al RAIS, se realizó con plena voluntad, suscribiendo los formularios para efectuarlo, voluntad que se vio ratificada por más de 10 años en que ha realizado cotizaciones a ese régimen; el accionante está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. Aduce que no es válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado y; que sobre el afiliado también recaía su deber de información (archivo 04 fls. 3 a 24).

La AFP Protección S.A. rechazó las pretensiones dirigidas en su contra. Aceptó la característica del RAIS de poder pensionarse a cualquier edad, las semanas cotizadas por el actor, la petición de traslado y su respuesta negativa. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de mérito 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 y, las declarables de oficio. En su defensa argumentó que la afiliación del demandante se realizó de manera completamente libre de vicios del consentimiento como se verifica con la suscripción del formulario. Se brindó una asesoría completa y clara al momento de realizar la afiliación, conforme a la normatividad de la época; además nunca ejerció la facultad de regresar al RPM y, la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia (archivo 05, fls.2 a 28).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 29 de junio de 2023 (archivo 13), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación del señor MARCO FIDEL ANGULO CHAPARRO identificado con cédula de ciudadanía No. 19.418.193, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la sociedad COLMENA S.A. HOY ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., el día 05 de abril de 1994 con fecha de efectividad 1 de mayo del mismo año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor MARCO FIDEL ANGULO CHAPARRO identificado con cédula de ciudadanía No. 19.418.193, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los

valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante señor MARCO FIDEL ANGULO CHAPARRO identificado con cédula de ciudadanía No. 19.418.193, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 01 de agosto de 1978, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del demandante el señor MARCO FIDEL ANGULO CHAPARRO identificado con cédula de ciudadanía No. 19.418.193, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas.

SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (\$ 1.000.000) por cada una y a favor de la demandante. Sin condena en costas a COLPENSIONES.

SÉPTIMO: Si no fuere apelado, CONSÚLTESE con el Superior.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP accionada no demostró el contenido y alcance de la información suministrada al actor al momento del traslado, con lo cual incumplió la carga probatoria que le incumbía, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones afirma que el demandante guardó silencio por más de 27 años respecto de la información que le fue proporcionada por parte del fondo privado para el 5 de abril de 1994, lo que permite denotar por parte del mismo un abandono respecto de su asunto pensional. De igual manera puede verificarse en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante que efectuó este traslado de régimen pensional de manera libre y voluntaria, nunca se sintió coaccionado y estuvo de acuerdo con la decisión tomada para el año 94, y con material probatorio allegado, no se pudo probar de manera indiscutible la falta de

asesoría. Se debe tener en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, en donde el periodo de carencia planteado por el legislador, En el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, se hizo justamente con el propósito de evitar la descapitalización que le provocaría al régimen de prima media e incluso afectaría las garantías de los afiliados que sí cotizaron a lo largo de su vida laboral para adquirir un beneficio adicional; afectando los intereses de la demandada, pues con el traslado de régimen pensional no se afectó ninguna garantía o derecho adquirido del actor, teniendo en cuenta que ni siquiera era beneficiario del régimen de transición.

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

Se encuentra demostrado en el proceso que el demandante estuvo afiliado y efectuó cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 1º de agosto de 1978 hasta el 30 de abril de 1994 (archivo 04, fl.44 a 45); fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación del 5 de abril de 1994 (archivo 05 fl.83 y 85).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que se trasladó al RAIS en el año 1994, firmó formulario, pero no recibió asesoría. Para la fecha de los hechos se encontraba laborando con Colmena Pensiones y Cesantías y, cuando empezaron a trabajar en el régimen el 1º de abril de 1994, el jefe les pidió que se afiliaran al fondo, sin mayor fórmula ni explicación. Le indicaron que se podía pensionar en cualquier momento de la vida, y que era una cuenta individual de ahorro, que podía hacer aportes voluntarios, cómo sería reconocido el tiempo cotizado en prima media y sobre bono pensional. No le informaron sobre otras características del régimen. Quiere regresar a Colpensiones porque al momento de traslado no fue informado de ventajas y desventajas de dicho traslado. No se acercó al Instituto de Seguros Sociales para verificar información que le fue proporcionada al momento del traslado al régimen pensional, ni ha solicitado proyección de pensión. Siempre ha sabido que los requisitos para pensión en Colpensiones son edad y tiempo. cuando suscribió el formulario de vinculación con la AFP Colmena ostentaba el cargo de supervisor comercial, le brindaron capacitación sobre temas del sistema general de pensiones, pero versaba más en temas comerciales, en estrategias de ventas y tips de ventas referentes a ventajas del sistema; en ese momento fue la apertura del mercado, y su misión era capturar todo lo posible, las capacitaciones versaban en temas de estrategias comerciales, de cierres de venta, de abordaje de las personas. Se le informó que en el Seguro Social se cotizaba en semanas para cumplir el requisito de tiempo, mientras que la ventaja planteada, era que en los fondos privados, ahorra su propio dinero. Indica que firmó el formulario de afiliación sin que nadie lo obligara, pero que cuando el jefe le dice alguna situación, adquiere el carácter de orden más que de la voluntariedad y, en ese momento, se les dio una especie de orden de que todos los trabajadores debían estar afiliados.

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

comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

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

Por ello, la Sala modificara la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación, para declarar la ineficacia de traslado, 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, la AFP Protección S.A., a la que se encuentra actualmente afiliado el 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). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). Por tanto, la sentencia se confirmará en esta parte.

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 la demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

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.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia.

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 Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de junio de 2023, para en su lugar disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional 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 en lo demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto
018 2021 00429 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 015 2022 00260 01
DEMANDANTE: LUCIA OCAMPO GUTIERREZ
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de mayo de 2023. Igualmente, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, entidad de la cual es garante la Nación.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que causó su derecho a la pensión de jubilación convencional con 14 mesadas, por virtud de la Convención Colectiva de Trabajo vigente 1.998 – 1.999, suscrita entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja, antes de la vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, por lo que tiene derecho a la mesada adicional de junio o, mesada catorce, desde que cumplió la edad para disfrutar el derecho pensional convencional, esto es, el 24 de noviembre de 2009. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar, debidamente indexada, la mesada catorce o mesada adicional de junio, hasta la fecha de pago; las costas del proceso y; lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 24 de noviembre de 1959, por lo que cumplió 50 años de edad, el mismo día y mes del año 2009. Prestó sus servicios en la entonces Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por más de 20 años, en calidad de trabajadora oficial, hasta el 27 de junio de 1999. Por ser beneficiaria de la convención colectiva de trabajadores 1998-1999, vigente a la fecha del despido, solicitó la pensión de jubilación convencional, la que le fue reconocida por Resolución No. 022 de 12 de enero de 2010 y, posteriormente indexada por Resolución 3796 de 24 de octubre de 2012, en cuantía inicial de \$1'524.090,16; sin reconocer la mesada catorce. Por Resolución GNR 25507 de 25 de enero de 2016, Colpensiones le reconoció la pensión de vejez. Finalmente, manifiesta que agotó la reclamación administrativa, obteniendo respuesta negativa (archivo 01).

Al dar respuesta a la demanda, la UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos los aceptó en su totalidad. Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, sobre la indexación, sobre la condena en costas y las demás declarables de oficio. Argumentó en su defensa que el Acto Legislativo 01 de 2005 impide el reconocimiento de la mesada reclamada, por cuanto su mesada pensional es superior a tres salarios mínimos (archivo10, fls.8 a 13).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de mayo de 2023 (archivo18), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP al reconocimiento y pago a la señora LUCIA OCAMPO GUTIÉRREZ de la pensión de carácter convencional reconocida mediante Resolución 022 del 12 de enero del año 2010 y reliquidada e indexada mediante Resolución 3796 del 24 de octubre del año 2012 en 14 mesadas pensionales anuales y no en 13 mesadas pensionales anuales como se hizo por parte del Fondo Pasivo Social De Ferrocarriles Nacionales De Colombia hoy representando por la UGPP esto a partir del día 24 de noviembre del año 2009, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP a reconocer a favor de la señora demandante LUCIA OCAMPO GUTIÉRREZ el retroactivo por la mesada 14 que se ordena pagar

efectivamente a partir del día 19 de abril del año 2019 y las que se causen con posterioridad, debidamente indexadas, desde el momento de causación de cada una de esta mesada 14 en un valor que corresponde a la mesada ordinaria y hasta su momento efectivo de pago, conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción sobre la mesada 14 causadas con anterioridad al día 19 de abril del año 2019 y no demostradas las demás excepciones, conforme se expuso en la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la PARTE DEMANDADA para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a (1) un salario mínimo legal vigente para el año 2023.

QUINTO: Si la presente providencia no fuere impugnada, dada la naturaleza jurídica de la demandada UGPP se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que, acorde a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la pensión de jubilación de la demandante se causó una vez se produjo el retiro de la entidad, el 27 de junio de 1999, por lo que le son aplicables las normas vigentes para esa fecha y, tiene derecho al pago de la mesada adicional deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, al argumentar que la demandante no cumple con los requisitos del Acto legislativo 01 de 2005, que modificó la Ley 100 de 1993, para el reconocimiento de la mesada 14, pues la fecha de efectividad pensional lo fue en el año 2009 y su mesada pensional es superior a 3 salarios mínimos. Reprocha la condena en costas en atención a que el CGP establece que solo habrá lugar a ellas cuando aparezca comprobada su causación en el expediente, aunado a que la entidad no ha actuado fuera del marco legal.

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.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si la actora tiene derecho a que la pensión de jubilación convencional que disfruta le sea otorgada a razón de 14 mesadas al año.

Para dilucidar dicho problema jurídico, está demostrado que: **i)** la promotora del juicio prestó sus servicios personales a la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 18 de febrero de 1978 hasta el 27 de junio de 1999 (archivo15, fls.35 a 36), **ii)** el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, quien subrogó a la empleadora, mediante Resolución 022 del 12 de enero de 2010, le reconoció pensión de jubilación convencional a partir del 24 de noviembre de 2009, en cuantía inicial de \$831.453,94 (archivo15, fls.49 a 52) y, **iii)** que la primera mesada le fue indexada mediante Acto Administrativo N.º 3796 de 24 de octubre de 2012, en la suma de \$1'524.090,16 (archivo15, fls.111 a 114).

Frente a la mesada adicional reclamada, se advierte que de conformidad con el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 *“Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994”*.

El Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso en el inciso 8º de su artículo 1º que *“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”*. Asimismo, la referida enmienda constitucional regula en el párrafo transitorio 6º que se exceptúan de lo establecido en el inciso 8º, las personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto si la

prestación se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.

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 al amparo de la cual fue reconocida la prestación al actor señala¹:

“ARTÍCULO 41º. PENSIÓN DE JUBILACION. 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,

¹ Archivo 03Prueba, fls.22 a 23.

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, 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 que la accionante prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 18 de febrero de 1978 hasta el 27 de junio de 1999 esto es, por más de 20 años². Ahora, como quiera que nació el 24 de noviembre de 1959, alcanzó la edad de 50 años el mismo día y mes del año 2009³. En consecuencia, la promotora del juicio causó el derecho a la pensión el 27 de junio de 1999 y por tanto tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional implorada como acertadamente concluyó el Juez de primer grado.

Prescripción

En el asunto bajo examen operó el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que el derecho se hizo exigible el 24 de noviembre de 2009, y, la demandante reclamó ante la entidad por primera vez el reconocimiento de la mesada el 19 de abril de 2022 (archivo 02Anexos, fls.3 a 8), 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 24 de junio de 2022 (archivo 05ActaReparto10540). En consecuencia, las mesadas causadas con anterioridad al 19 de abril de 2019, se encuentran prescritas, como acertadamente concluyó la primera instancia.

Indexación

² Archivo15, fls.35 a 36

³ Archivo 02Anexos, fl.11 copia de la cédula de ciudadanía

Bajo el entendido que la promotora del juicio no está llamada 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.

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 del 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 (CSJ SL2376- 2018). Y así se indicará en la parte resolutive de esta sentencia.

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, 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
24/11/2009	31/12/2009		\$ 1.524.090,16
1/01/2010	31/12/2010	2,00%	\$ 1.554.571,96
1/01/2011	31/12/2011	3,17%	\$ 1.603.851,89
1/01/2012	31/12/2012	3,73%	\$ 1.663.675,57
1/01/2013	31/12/2013	2,44%	\$ 1.704.269,25
1/01/2014	31/12/2014	1,94%	\$ 1.737.332,08
1/01/2015	31/12/2015	3,66%	\$ 1.800.918,43
1/01/2016	31/12/2016	6,77%	\$ 1.922.840,61
1/01/2017	31/12/2017	5,75%	\$ 2.033.403,94
1/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 2.116.570,17
1/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 2.183.877,10
1/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 2.266.864,43
1/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 2.303.360,94
1/01/2022	31/12/2022	5,62%	\$ 2.432.809,83
1/01/2023	31/12/2023	13,12%	\$ 2.751.994,48

Costas de primera instancia

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a la demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - 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, la entidad resultó derrotada. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó a la UGPP a 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 confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en el grado de jurisdicción, ni 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: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de mayo de 2023, únicamente en el sentido de indicar que, sobre las sumas objeto de condena, la entidad se encuentra autorizada a deducir los aportes al sistema de seguridad social en salud de la demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



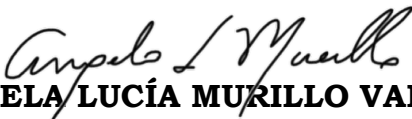
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 013 2022 00129 01
DEMANDANTE: ANA LUCIA ARIAS GOMEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 19 de julio de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Porvenir S.A. el 11 de mayo de 1998. En consecuencia, se condene a la AFP a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual, bonos, aportes, rendimientos y comisiones, a Colpensiones; y a ésta, actualizar la historia laboral; asimismo, condenar a las partes demandadas a lo ultra y extra *petita* y, costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 9 de julio de 1959, laboró para diversos empleadores desde el 1° de enero de 1987 cotizando a Colpensiones hasta el 30 de junio de 1998. Se afilió a la AFP Porvenir S.A. el 11 de mayo de 1998. Aduce que, la AFP no informó la naturaleza propia del régimen de capitalización, no brindó información

sobre las ventajas y desventajas de afiliarse o, los distintos escenarios comparativos de pensión; afirma que la AFP conocía el número de semanas cotizadas y su promedio salarial y no le sugirió quedarse en el RPM; no le entregó el plan de pensión ni del reglamento del fondo privado. Solicitó a las demandadas la anulación o ineficacia de la afiliación, obteniendo respuesta negativa por parte de Porvenir y sin respuesta de Colpensiones. Afirma que cuenta con 1670 semanas cotizadas (archivo 10, fls.2 a 20).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la actora, las semanas cotizadas, la respuesta a la petición por Porvenir y, la petición elevada a Colpensiones. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que se corrobora con la suscripción del formulario; la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad (archivo 15 fls.02 a 13).

Por su parte, la AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos admitió la data de nacimiento de la accionante, la fecha de afiliación al fondo, la solicitud elevada con su respectiva respuesta y la totalidad de semanas cotizadas. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. 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 expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; que la demandante

también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; que durante su vinculación como afiliada de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (archivo 14, fls.2 a 35).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 19 de julio de 2023 (archivo 22), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciere la demandante Ana Lucia Arias Gómez a la AFP Porvenir S.A. el 11 de mayo de 1998 y con fecha de efectividad el 1 de julio de esa anualidad, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, así como los aportes de garantía de pensión mínima, por lo expuesto precedentemente

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la Historia Laboral de la demandante, conforme a lo antes visto.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa del fallo.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Porvenir S.A. en favor del demandante incluyéndose como agencias en derecho, la suma de un millón doscientos mil pesos (1`200.000).

SEXTO: Por haber sido condenada COLPENSIONES y fungir la Nación como garante, en los términos del artículo 69 del C.P.T. y S.S., remitir el expediente a la Sala laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta en su favor

SEPTIMO: Por secretaría, previo a remitir el expediente a la Sala laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá, remítase copia de la grabación, del acta y de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el art. 48 de la Ley 2080 de 2021 y dejar constancia de ello en el expediente.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Porvenir, no acreditó el cumplimiento del deber objetivo de información.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

La demandada Colpensiones afirma que, el traslado realizado por la actora en el año 1998 se presume totalmente válido, puesto que no fue

demostrada falta al deber de información por parte de la AFP Porvenir, por el contrario, la demandante permaneció por más de 20 años en el RAIS, por su propia voluntad y sin ejercer ninguna acción tendiente a volver al RPM. Igualmente, la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal, en razón de la edad y, no es beneficiaria del régimen de transición. Asimismo, en materia de traslado nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados a este sistema, dado que el régimen de prima media se descapitalizaría y se afectaría la sostenibilidad financiera, en contra del principio de equidad.

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 demandante.

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 de la 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

Se encuentra demostrado en el proceso que la accionante estuvo afiliada y cotizó al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 1º de febrero de 1987 al 30 de junio de 1998 (expediente administrativo¹); fecha a partir de la cual, migró al RAIS, a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 11 de mayo de 1998 y, posteriormente, se trasladó de manera horizontal a la AFP Porvenir S.A, el 31 de agosto de 2001 (archivo 14, fls.37, 38 y 163).

¹ GRP-SCH-HL-66554443332211_2456-20230206082212

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que el traslado fue en una reunión de 10 minutos, en la que participaron la mayoría de los funcionarios del hospital; el objetivo era que se trasladaran a Porvenir, dado que el ISS se iba acabar y les recomendaban el traslado, porque tendrían una pensión más alta; no le explicaron que era una cuenta de ahorro individual, tampoco las diferentes modalidades con las que se podría pensionar, diferencias entre regímenes pensionales, requisitos para pensionarse, cómo se financiaría, qué pasaría si fallecía, la financiación de una pensión mínima, o respecto a la pensión anticipada. No realizó preguntas a los asesores. Esporádicamente le han llegado extractos, sin embargo, no los entiende. En el año 2021 acudió a alguien que le explicara respecto a su pensión, pero no a Porvenir para resolver dudas. Quiere retornar a Colpensiones porque allí su pensión sería mayor. Afirma que se siente engañada, dado que les comentaron en su momento que era una buena oportunidad y que la pensión iba a ser más alta, y ello no es así. No ha solicitado pensión ante la AFP. Realizó solicitud en el año 2012 a Colpensiones por escrito, pero ésta le respondió que no tenía derecho al traslado, aunque no recuerda con exactitud la respuesta.

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 a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir 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., 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, para ordenar también la condena por los valores allí no advertidos. 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).

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 la demandante no está

llamada a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

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.

Sin 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 Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de julio de 2023, 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 a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar, 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: 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 en lo demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto
013 2022 00129 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 011 2021 00344 01
DEMANDANTE: WILLIAM TORRES PADILLA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de junio de 2023.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual por vicio del consentimiento; en consecuencia, se ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, conservando el régimen de transición y todos sus beneficios; se condene a las demandadas al pago de costas y gastos del proceso y, a lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que realizó aportes al ISS desde el 23 de enero de 1987 al 30 de julio de 2003 y, con Protección S.A desde el mes de marzo de 2004, cuando se trasladó falsa información. Aduce que el asesor de la AFP le suministró información incompleta e incorrecta, no cumpliendo con las obligaciones legales. En septiembre de 2020 recibió la doble asesoría, por lo que solicitó el 20 de septiembre de

ese año, su regreso al RPM. Afirma que, dado que nació el 8 de noviembre de 1968, buscaba que le resolvieran antes de cumplir sus 52 años de edad, pero no obtuvo respuesta. Indica que ha cumplido con sus aportes acumulando cerca de 800 semanas. Finalmente, ante la insistencia, Colpensiones dio respuesta expresando que superó la edad para surtir el traslado (archivo 05, fls.2 a 14).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Aceptó el traslado a la AFP Protección y, manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Propuso la excepción previa de falta de competencia y, como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el accionante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no hizo uso del derecho de retracto y; que no se configuró vicio del consentimiento (archivo 08 fls. 02 a 44).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la doble asesoría y las semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones; frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso la excepción previa de falta de integración del litis consorcio necesario por pasiva y, las de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondo de pensiones del RAIS, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de

la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM y por el contrario, se vinculó a otra administradora de fondos de pensiones privadas (archivo 10 fls. 03 a 28).

La AFP Porvenir S.A. rechazó las peticiones del escrito inaugural. Frente a los hechos manifestó que no le constan o no son ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación del demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación y la vinculación a varias administradoras de fondos de pensiones privadas; además el demandante no es beneficiario del régimen de transición (archivo 14 fls. 02 a 20).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 22 de junio de 2023 (expediente digital, archivo 21), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la AFP PORVENIR S.A. logró demostrar en el presente proceso que, para el traslado efectuado por el demandante WILLIAM TORRES PADILLA en el año 1995, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en este caso por la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., se cumplió con el deber de información necesario consagrado en el Decreto 663 de 1999.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se ABSUELVE a las entidades demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES de todas las suplicas de la demanda impetradas en su contra por el demandante WILLIAM TORRES PADILLA

TERCERO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia a la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho en favor de las tres demandadas la suma de

1 SMLMV, suma que será incluida en su momento en la respectiva liquidación de costas que se realice por parte de la Secretaría de este Despacho.

CUARTO: De conformidad con el artículo 69 del CPTSS y por ser totalmente adversa la presente decisión a las pretensiones del afiliado, en caso de no ser apelada esta decisión, se concede el grado jurisdiccional de consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Como sustento de su decisión, señaló que se acreditaron los elementos mínimos que se han señalado para el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP; por lo que se logró demostrar que, en su momento, la AFP cumplió con el deber de información necesaria que estaba a su cargo.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante manifestó que la interpretación de los factores no concuerda realmente ni con los principios del derecho laboral ni con la situación del afiliado. Que los vicios del consentimiento no se consideran sino antes del 93 y ahora, es el concepto de ineficacia, pero en cambio, la información necesaria sí es válida y debe ser integral. Debe tenerse en cuenta que, el riesgo de liquidez o de perjuicio financiero, se causa con las altas pensiones, no con las pensiones inferiores a 3 salarios mínimos, como en este caso; por lo que el fallo está desconociendo totalmente los derechos del accionante.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor o si el mismo resulta válido al no haberse demostrado el cumplimiento del deber de información, tal como concluyó el a quo.

Para atender el recurso, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con

el artículo 114 *ibidem*, que 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

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 23 de enero de 1987 al 28 de febrero de 1993 (archivo 09, fls.1 a 3); migró al RAIS, a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A mediante la suscripción de formulario de vinculación el 14 de marzo de 1995, el 26 de febrero de 1996 cambió horizontalmente a Porvenir (archivo 14, fls.25 y 26) y; posteriormente se trasladó a la AFP Colmena, hoy Protección S.A., a partir del 26 de agosto de 1996 (archivo 10, fl.36).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que, para el 14 de marzo de 1995 estuvo asesorado por un funcionario de Horizonte, de manera individual, en una charla de no más de 15-20 minutos. Lo motivó a trasladarse que le ofrecieron más garantías, que se iba a pensionar con más salario y que iba a tener intereses sobre los dineros que estaba aportando. No recuerda que se le haya informado respecto de la cuenta de ahorro individual, que podría pensionarse anticipadamente, los requisitos para acceder a la pensión en el fondo privado, las modalidades de pensión, o que su mesada dependiera también de la edad de su esposa. Cree que le dijeron que las semanas que tenía en el seguro social, pasaban a Horizonte. Se le informó que si fallecía su pensión pasaba a un beneficiario suyo. Afirma que, después de afiliarse a Horizonte, jamás autorizó traslados a ningún otro fondo de pensiones, nunca hizo ningún reclamo porque nunca vio inconveniente y lo único que hacía era aportar, pero que sus traslados horizontales posteriores nunca fueron con su autorización. Cree que sí le llegaban extractos, pero no sabía que le estaban haciendo cobros por la administración de su dinero o por seguros de invalidez y muerte. Quiere regresar a Colpensiones, porque se enteró por varios compañeros que allí tendría una pensión más alta. Cuando se afilió a Horizonte, no conocía los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales.

No recuerda como ocurrió su afiliación a la AFP Colmena, resalta que en los empleos que tenía, firmaba papeles, pero no sabía con certeza a dónde iban, por ejemplo, esas afiliaciones. Nunca se acercó a alguno de los

fondos de pensiones a solicitar asesoría sobre cómo sería su futuro pensional. Acepta que el asesor de Horizonte le hizo las dos comparaciones en su momento de lo que tenía con el Seguro Social y lo que le iba a generar vincularse a un fondo de pensiones, que en este caso era Horizonte; le dijo que cuando tuviera los 62 años iba a recibir más rentabilidad, de acuerdo a los intereses que había generado durante el tiempo que hubiera estado en un fondo de pensiones.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala, contrario a lo concluido por el *a quo*, 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.

Nótese que, si bien al rendir interrogatorio acepta conocer varios detalles de la pensión en el RAIS, se trató de preguntas inducidas, en las que no de su respuesta no se desprende un verdadero conocimiento, que ofrezca certeza de la información completa en los términos que ha decantado la jurisprudencia.

En efecto, cuando se le pregunta si recuerda que le hayan explicado que para calcular el monto de su pensión con un fondo privado como Horizonte dependían ciertas variables, como era su nivel de ahorro, la cantidad de intereses financieros y variables del mercado, como las subidas o la baja de tasas de interés o, por ejemplo, también la edad en que decidiera pensionarse, responde: “*Si algo así recuerdo, pero no lo recuerdo con exactitud, doctor, pero sí, más o menos me comentó eso*”. Asimismo, a lo preguntado por el despacho, respecto si el asesor le explicó que su pensión se la iban a pagar, con lo que realizara de aportes más los intereses, o sea, que ya no importaba el número de semanas, sino que era con su misma plata que le iban a pagar su pensión, responde: “*Sí, en sí,*

eso fue lo que me dijo”. Cuando se le pide que explique lo que le informaron respecto de que al final de la vida, cuando se fuera a pensionar la pensión iba a depender también de los intereses de los beneficiarios, de la expectativa de vida en ese momento, que ahí era donde se iba a calcular la pensión con base en todos esos elementos, respondió: *“No, no recuerdo con exactitud, pero en sí fue lo mismo que usted me está diciendo doctor”*. Y finalmente, al indagar sobre si le había explicado que a partir de allí sus cotizaciones a pensión iban a ir como a una cuenta de ahorro individual que estaba a su nombre y ahí era donde se iba a recoger el dinero más los intereses, los rendimientos, responde: *“Sí, algo así fue, algo así me habló de ese tema”*.

Es así como, del análisis de la declaración rendida por el accionante, no puede inferirse como erradamente lo concluyó el juzgador de primer grado, que se haya confesado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, una verdadera asesoría al momento de la afiliación por parte de la AFP Horizonte, ofreciendo una información clara, cierta, comprensible y oportuna, pues aun cuando el actor dejó claro que entendió que sus aportes le generarían una rentabilidad, también fue concreto en indicar que entendió que su traslado al RAIS obedeció al ofrecimiento de que se pensionaría con un salario más alto y que iba a tener intereses sobre los dineros que estaba aportando, declaraciones que no son propias de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características, condiciones, diferencias y, en especial, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional. Paralelamente, 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 se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, 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).

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

Así las cosas, la Sala revocará la decisión de primera instancia, para decretar la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión a deber de información se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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 a 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 Protección S.A. administradora a la que se encuentra actualmente afiliado el accionante deberá devolver 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). 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 el mismo sentido, la AFP Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). 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).

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.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse

en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

De conformidad con las consideraciones expuestas, esta Colegiatura revocará la decisión de primera instancia, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la parte actora. Igualmente, se declarará que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

Las costas de primera instancia estarán a cargo de las demandadas. No se causan en la apelación.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de junio de 2023, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR 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.

TERCERO: 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 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: 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 pensiones.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: COSTAS de primera instancia a cargo de las demandadas. No se causan en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto
011 2021 00344 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 011 2020 00271 01
DEMANDANTE: NUBIA CECILIA GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y
SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Skandia S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de junio de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado de régimen que realizó el día 1 de marzo de 1999 a través de Porvenir S.A. y, se anulen los posteriores traslados entre administradoras del RAIS. En consecuencia, se ordené a Skandia a trasladar la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual y, a Colpensiones a recibirla sin solución de continuidad y corregir y actualizar su historia laboral. Asimismo, se condene a lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 6 de julio de 1964, cumpliendo la edad mínima requerida dentro del Régimen de Prima

Media para acceder a la Pensión de Vejez, el mismo día y mes del año 2021. Cotizó desde su afiliación al Régimen de Prima media el 10 de enero de 1983, un total de 681 semanas con el ISS - hoy Colpensiones. Aduce que el 1º de marzo de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Porvenir S.A., sin la suficiente ilustración por parte del fondo, por lo que no existe consentimiento de libertad y voluntariedad. Durante su afiliación en el RAIS, ha realizado traslados horizontales entre las AFP demandadas, estando actualmente afiliada en Skandia. Ha acumulado un total de 1782 semanas. Alega que Porvenir no le informó sobre el año de gracia que concedió el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, como tampoco de la imposibilidad de traslado cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión. Skandia le informó que su pensión de vejez en el RAIS, estaría en un valor de \$1.946.246 para el año 2021; mientras que, conforme a su historia laboral, en Colpensiones tendría una mesada pensional de \$6.564.887. El 13 de agosto de 2020 solicitó a las demandadas la ineficacia del traslado (archivo 01, fl.1 a 16).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante y la petición elevada. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no hizo uso del derecho de retracto y; que no se configuró vicio del consentimiento (archivo 07 fls.3 a 42).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, el traslado entre

administradoras y, la petición elevada. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. 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 expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; que la demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; que durante su vinculación como afiliada de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (archivo 13 fls. 2 a 29).

Skandia S.A., al contestar la demanda se opuso al éxito de las aspiraciones. De los hechos dijo ser cierta la vinculación de la actora a esta AFP y, manifiesta no constarle o no ser ciertos los restantes. Propuso las excepciones que denominó: Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, AUSENCIA DE CONFIGURACIÓN DE CAUSALES DE NULIDAD, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al 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 las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y las demás declarables de oficio. En su defensa alegó que la demandante no acreditó los fundamentos fácticos para obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación; que la elección fue libre y voluntaria y, se materializa con la suscripción del formulario de afiliación; aduce haber cumplido el deber de información a cargo de los Fondos de Pensiones y, que la demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado en atención a la edad, sin que sea beneficiaria del régimen de transición (archivo 06 fls.6 a 19).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 20 de junio de 2023 (archivo 14), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del régimen pensional efectuado por la señora NUBIA CECILIA GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ en el mes de marzo de 1999, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A. y como consecuencia de ello sus posteriores traslados horizontales realizados entre administradoras del mismo régimen: en el año 2000 hacia la AFP HORIZONTE, en el 2006 hacia la AFP SKANDIA, en el año 2013 hacia la AFP PORVENIR y en el año 2015 hacia la AFP SKANDIA nuevamente.

SEGUNDO: CONDENAR a las demandadas PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por la demandante durante su permanencia en dichas administradoras del RAIS, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias realizadas con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes que en su momento fueron descontados de las cotizaciones y destinados a gastos de administración (comisiones de administración, pago de prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes y eventualmente en caso de haberse realizado, el pago de reaseguros de FOGAFÍN) y fondo de garantía de pensión mínima. En ese sentido PORVENIR, quien ya hizo traslado de la cuenta de ahorro individual a la AFP SKANDIA en el año 2015, deberá trasladar con destino a COLPENSIONES los porcentajes que en su momento descontó de las cotizaciones durante la permanencia de la demandante en dicha administradora y de la administradora HORIZONTE S.A. y que fueron destinados a gastos de administración (comisiones de administración, pago de prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes y eventualmente en caso de haberse realizado, el pago de reaseguros de FOGAFÍN). A su vez, SKANDIA S.A. deberá devolver a COLPENSIONES el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus respectivos rendimientos financieros y a su vez deberá devolver el porcentaje que en su momento haya descontado de las cotizaciones obligatorias de la demandante en los dos periodos en que esta estuvo afiliada en SKANDIA y que haya destinado para gastos de administración (comisiones de administración, pago de prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes y eventualmente en caso de haberse realizado, el pago de reaseguros de FOGAFÍN) para el fondo de garantía de pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante NUBIA CECILIA GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computar en la historia laboral de la demandante los periodos por esta cotizados en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

CUARTO: Las excepciones propuestas se declaran imprósperas.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. incluyendo como agencias en derecho en favor de la demandante la suma de 2 SMLMV, los cuales deberán ser sufragados por partes iguales por cada una de estas AFP.

SEXTO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional se Consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Como sustento de su decisión, señaló que verificado el material probatorio dentro del plenario, no demostró la AFP haber brindado al afiliado, en el momento del traslado, la información clara, completa y oportuna que se requería en ese momento para materializar su traslado a ese nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Skandia y Colpensiones, recurrieron la sentencia.

Skandia solicita se revoque la condena impuesta tendiente a devolver los gastos de administración, teniendo en cuenta que se trata de dineros no contemplados en la Ley para su devolución, toda vez que se trata de descuentos que se realizaron en virtud de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por la administración de la cuenta de la demandante de manera diligente, para generar unos rendimientos y han sido utilizados para la administración en general de la cuenta, así como para sufragar y pagar recursos adicionales como primas de seguros, que por ende ya no se encuentran en poder de la AFP; por lo que se estaría causando un perjuicio al patrimonio. En su defecto, estos rubros no están destinados a financiar la pensión de vejez de la demandante y tienen una destinación específica diferente, por lo que son susceptibles de prescribir.

Por su parte, Colpensiones aduce que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal para trasladarse en razón de la edad. No se avizora de manera fehaciente vicios del consentimiento donde se hubiese configurado un error, fuerza o dolo dentro de los múltiples actos de afiliación realizados por la demandante a cada uno de los fondos en que estuvo vinculada en el RAIS; contrario a ello está la suscripción del formulario de afiliación en donde manifiesta su voluntad de traslado y que, para aquella época, era la única exigencia para concretar el acto de afiliación. En lo que tiene que ver con la descapitalización del sistema, se debe tener en cuenta que si bien es un efecto que no se materializa de inmediato, sí es un efecto que a largo plazo va a tener incidencia dentro de las pensiones que otorgue la administradora y que va únicamente con

cargo a los nuevos afiliados, que sustentan el sistema general de pensiones en el régimen de prima media. Finalmente, en caso de confirmar la decisión, solicita se condicione a la previa devolución de los fondos privados de todos los dineros.

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 demandante.

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones, del 10 de enero de 1983 al 31 de marzo de 1999 (archivo 07, fl.44 a 47); fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., el 16 de febrero de 1999, posteriormente, cambió a la AFP Horizonte, el 31 de octubre de 2000 (archivo 05, fl.51); el 13 de julio de 2006 realizó traslado horizontal a la AFP Skandia (archivo 06, fl.34); luego retornó a Porvenir el 5 de septiembre de 2013 (archivo 05, fl. 33) y; finalmente, regresó a Old Mutual, hoy Skandia, a partir del 21 de abril de 2015 (archivo 16, fls.35).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que su traslado inicial al RAIS ocurrió en el año 1999, cuando trabajaba en Seguros del Estado; la compañía autorizó una campaña del fondo de pensiones Porvenir y, un asesor se acercó a su puesto de trabajo y le comentaron que el Seguro Social estaba en una situación económica

compleja, que tendía a desaparecer, que muy posiblemente quebraría y que no iba a poder tener una pensión, que los fondos estaban siendo creados para que tuvieran la garantía de en algún momento pensionarse. Le dijo que solo era diligenciar un formulario, que ellos ya tenían permiso de la compañía para actualizar y completar unos datos con Recursos Humanos. No le habló de rentabilidad, pero le dijo que Porvenir era el fondo más grande de pensiones, que casi todas las personas que estaban en el Seguro Social estaban pasándose a los fondos de pensiones y que ellos eran los que estaban captando más, que era el que más más importante en este momento. No sabía los requisitos para pensionarse en esa época, ni el asesor le dijo cuáles eran. Le dijo que no iba a perder las semanas que ya había cotizado al ISS, que ellos hacían el trámite para pasarlos a Porvenir.

Para el año 2000 volvió a presentarse otra campaña, recibió a un asesor que le dijo que dijo que ellos tenían mejor presencia, permanencia y compañía, que tenían también garantía y podían darle atención más personalizada, por eso se cambió; pero tampoco le explicó sobre los requisitos para pensionarse. En el 2006, ocurrió la misma situación; llegó una persona de Skandia, ofreció igual que todos los fondos, que eran los que mejor respaldo tenían, que tenían respaldo internacional y que sus semanas estaban ahí garantizadas; pero tampoco le brindó información o característica del régimen de pensiones, le habló más de ayudarle a que todas sus semanas estuvieran. Los posteriores traslados surgieron en las mismas condiciones. Leyó los formularios de afiliación, sobre los datos personales y que estaba haciendo cambio y, ellos le explicaban que podía cambiarse como se cambia de Banco, que uno elige donde quiere estar y donde le prestan mejor servicio.

Nunca le indicaron que no podía trasladarse de régimen pensional estando a menos de 10 años de cumplir la de pensión; no recibió ningún tipo de reasesoría. Quiere retornar a Colpensiones porque se enteró que no había tenido la debida información ni claridad de los datos correctos para tomar la decisión de traslado en el tiempo y adecuadas. Como después del 2000, empezó a preguntar cómo se iba a pensionar y siempre le decían que después le daban la información, pero que tranquila que con los fondos

privadas uno se pensionaba muy bien. En el momento del traslado inicial se sintió tranquila con su decisión en el sentido que en ese tiempo le dijeron que iba a perder toda opción de pensionarse porque venía con Seguro Social. No buscó trasladarse antes a Colpensiones porque siempre le dijeron que era mejor estar en un fondo privado. Skandia le ofreció la opción de hacer aportes voluntarios. Nunca se le informó requisitos o capital para pensionarse, ni modalidades de pensión, diferencias entre regímenes, ni proyecciones de su pensión, o comparativos, ni menos le aconsejaron que estaría mejor en el seguro social.

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 a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Porvenir 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).

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

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 S.A., administradora a la que se encuentra actualmente afiliado la accionante, deberá devolver 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). En consecuencia, la sentencia será confirmada en este aspecto, pero se adicionará, para indicar que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por

concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será confirmada en este aspecto y se adicionará, en el sentido de indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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 la demandante no está llamada a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo. En consecuencia, la sentencia será modificada en este aspecto.

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 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.

Sin 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 Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de junio de 2023, en el sentido de indicar que 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: 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 en lo demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin **COSTAS** en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto
011 2020 00271 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 10 2019 00618 01.
DEMANDANTE: JOSE BAYARDO TORRES SAAVEDRA
DEMANDADO: VIVA BRASIL S.A.S.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de diciembre de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió proceso ordinario laboral para que se ordene a la demandada el pago de la liquidación laboral, por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización, horas extras, sanción moratoria, dotaciones; sanción por no comparecencia a la audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo; costas y agencias en derecho y; lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que laboró para la sociedad demandada, mediante contrato verbal a término indefinido, como Auxiliar de Seguridad, en turno de 10 de la noche a 8 de la mañana, del 1º de octubre de 2000 hasta el 30 de diciembre de 2016, fecha en la que fue despedido. Devengaba un salario de \$689.454 mensuales, con todas las prestaciones de ley, durante los meses laborados en el año 2016, valor que corresponde al salario mínimo mensual legal vigente, lo que, en su decir, evidencia que no se le han cancelado horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos. No ha recibido liquidación de sus prestaciones

sociales proporcionales al tiempo laborado. Para 29 de junio de 2019, citó a la demandada a conciliación ante el Ministerio del Trabajo, pero ésta no compareció (fls.38 a 46, 01ExpedienteDigital).

Al dar contestación, la sociedad demandada rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la existencia del contrato de trabajo celebrado entre las partes, el cargo, extremos temporales de iniciación y terminación y, el salario devengado y; manifestó no ser ciertos los restantes. Formuló las excepciones de mérito que denominó: *“Pago íntegro, completo y acorde a la ley laboral de todas y cada una de las prestaciones laborales y acreencias laborales del demandante por parte de Viva Brasil S.A.S. hoy en liquidación”*, mala fe del demandante, prescripción y, *“no haber acompañado los anexos de la demanda con los documentos que se relacionan en la misma”*. En su defensa, sostuvo que ha cumplido con todas las obligaciones laborales que le corresponden durante toda la relación laboral con el demandante, pagándole cumplidamente la totalidad de salarios, prestaciones sociales y aportes parafiscales. Además, la terminación obedeció a la renuncia presentada por el actor, al haber alcanzado derecho a percibir la pensión, de la que hoy goza (fls.2 a 11, 04ContestacionDemandaPruebas).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de diciembre de 2022, resolvió (23GrabacionSentenciaConsulta):

PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido, entre el 01 de octubre de 2000 al 30 de diciembre de 2016 entre JOSE BAYARDO TORRES SAAVEDRA Y LA SOCIEDAD VIVA BRASIL S.A.S., en el cargo de auxiliar de seguridad y con una asignación salarial de salario correspondiente al mínimo legal vigente para cada anualidad más subsidio de transporte, y último salario promedio \$1.116.999, el cual terminó por renuncia voluntaria del trabajador, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PAGO INTEGRO, completo y acorde a la ley laboral de todas y cada una de las prestaciones laborales y acreencias laborales del demandante por parte de VIVA BRASIL S.A.S. hoy en liquidación y en consecuencia se absuelve de todas y cada una de las pretensiones elevadas en la demanda por el señor JOSE BAYARDO TORRES SAAVEDRA, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: SE CONDENA en costas a la parte demandante y a favor de la demandada, Tásense incluyendo como agencias en derecho la suma de \$ 500.000.

CUARTO: De no ser apelada la presente providencia, súrtase el grado jurisdiccional de consulta establecido en el art 69 del C.P.L Y SS, por ser la sentencia totalmente desfavorable al trabajador.

En lo fundamental señaló que, aceptada la existencia del contrato, no se cumplió con la carga de la prueba respecto de las pretensiones pretendidas, aunado a que obró declaración de confeso en su contra. No se probó el hecho del despido y, por el contrario, quedó demostrado que fue el demandante quien presentó su renuncia voluntaria por haberle sido reconocida la pensión de vejez. Con la documental aportada al plenario, se demostró que al demandante le fueron canceladas la totalidad e salarios y prestaciones sociales, sin que se haya demostrado trabajo suplementario que llevara al pago de horas extras.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. CONSIDERACIONES

No fue objeto de debate, la existencia de una relación laboral entre las partes, mediante contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 1º de octubre de 2000 y el 30 de diciembre de 2016, para desempeñarse como Auxiliar de Seguridad, devengando el salario mínimo legal vigente para cada anualidad; así fue aceptado por la enjuiciada al dar contestación a la demanda, además de verificarse con el documento de liquidación final de prestaciones sociales (fl.40, 04ContestacionDemandaPruebas).

Precisado lo anterior, corresponde a la Sala dilucidar si el empleador adeuda al demandante algún concepto por salarios y/o prestaciones sociales, así como las sanciones pretendidas.

i) Prestaciones sociales y vacaciones

Pretende la demandante se condene a la demandada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y, vacaciones. Verificada la existencia de un verdadero contrato de trabajo y precisados sus extremos, resulta consecuente que el empleador hubiera tenido que pagar las prestaciones sociales correspondientes al contrato celebrado.

Pues bien, con la contestación de la demanda, la accionada allegó comprobantes de pago mensuales y liquidaciones de prestaciones sociales por cada uno de los años objeto del litigio (fls.25 a 81, 04ContestacionDemandaPruebas), en el mismo sentido, en cumplimiento de lo ordenado por la juez de primera instancia en la primera audiencia de trámite (10ActaAudienciaArt77), allegó todos los pagos de cesantías al fondo correspondiente, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones, con los correspondientes soportes de pagos o consignaciones, realizados a favor del actor, entre el año 2000 y el 2016 (archivos 12 y 15¹); los cuales, además, se aparecen suscritos por el demandante en señal de recibido. Aunado a lo anterior, de dichos documentos, se logra verificar que cada pago fue liquidado con el salario promedio realmente devengado en su momento, correspondiente al salario mínimo legal, más el auxilio de transporte vigentes para cada anualidad, sumado a los recargos nocturnos y eventuales horas extras y/o dominicales. Documentos todos estos, que valga decir, no fueron objeto de tacha por la parte actora.

Bajo estas condiciones, se advierte que el pago de las acreencias causadas por cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicio y compensación de vacaciones, entre el 1º de octubre de 2000 y el 30 de diciembre de 2016, ya fueron canceladas al demandante, en la oportunidad correspondiente legal para cada una de las acreencias y, al resultar coincidentes los pagos realizados, con los valores devengados que se verifican en nómina, así como no haberse alegado ni verificado que el trabajador hubiese devengado sumas mayores a las pagadas, no hay lugar a condenar por estos conceptos. Así mismo, al haberse acreditado el pago en las oportunidades legales, tampoco hay lugar a imponer sanción moratoria.

¹ 12DemandadaDaCumplimientoSolicitadaEnAudiencia y
15DemandadaDaAlcancelInformacionAño2000Al2004

ii) Horas extras

Argumentó la parte demandante que laboró en el turno de 10 de la noche a 8 de la mañana, esto es, un horario de 10 horas diarias, durante la ejecución del contrato, por lo que debe ser reconocido el trabajo realizado en horas extras.

Pues bien, recuerda la Sala que el trabajador que pretende el reconocimiento de trabajo realizado en horas extras, dominicales y festivos tiene la carga probatoria de comprobar cuántas horas y en qué días laboró en tiempo adicional a su jornada de trabajo ordinaria. Así las cosas, no le basta únicamente con afirmarlo, pues el juez no puede hacer estimativos o aproximaciones respecto del número de horas extras laboradas, tal como lo ha dejado sentado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3009-2017.

En el presente asunto, la demandada negó categóricamente el horario alegado por el actor y, por el contrario, afirmó que la jornada era exclusivamente de 8 horas diarias, de lunes a sábados, en horario de 12 a 8 a.m.; para demostrar su dicho, allegó las nóminas de pago correspondientes, en donde se logran verificar los pagos realizados en los que se incluye los recargos nocturnos, dominicales y horas extras, a que había lugar; aunado a ello, sobre este hecho recayó la confesión ficta sobre el accionante al no asistir a absolver el interrogatorio de parte decretado, como lo indicó expresamente la *a quo*, en audiencia llevada a cabo el 29 de noviembre de 2022².

De otro lado, se recibieron las declaraciones de Marta Lucía Rodríguez y Carmen Cecilia Díaz Ferreira; quienes al respecto indicaron que el señor José Bayardo cumplía un horario de 12 a 8 de la mañana, de lunes a sábado; se le pagaban recargos nocturnos de 12 a 6 de la mañana, sin que trabajara horas extras.

² 21GrabacionAudienciaPruebas

En ese horizonte, resulta evidente que la parte accionante incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por virtud del artículo 145 del Código Procesal Del Trabajo y la Seguridad Social, pues no demostró los supuestos en los cuales fundó sus pretensiones. En efecto, aunque solicita el reconocimiento y pago de trabajo realizado en horas extras, no demostró de manera precisa, cuántas horas y en qué días laboró más allá de la jornada máxima legal, lo cual no puede suponer el juez laboral o realizar cálculos acomodaticios para fulminar condena; pues se insiste, además de manifestar en la interposición de la demanda que su horario laboral era de 10 de la noche a 8 de la mañana, nada aportó para demostrar la situación alegada y, ni siquiera acudió a la audiencia en la que debía absolver su interrogatorio, sin aportar justificación.

En consecuencia, la Sala no cuenta con elementos que le permitan modificar la decisión absolutoria de primera instancia, por lo que se confirmará.

iii) De la sanción moratoria

Como quiera que no prosperaron los argumentos relacionados con el reconocimiento y pago de prestaciones ni horas extras, no hay lugar a estudiar la procedencia de la condena por concepto de sanción moratoria.

iv) Dotaciones

En relación con las dotaciones reclamadas, aunque no hay prueba dentro del expediente que demuestre su entrega a la actora en el transcurso de la relación laboral, dado que, su finalidad es la de facilitar un mejor desempeño del trabajador en el ejercicio de sus funciones, dicho beneficio se justifica en favor del asalariado activo, no de aquel que se halle cesante, careciendo de todo sentido su suministro cuando la relación ha finalizado, siendo viable, por tanto, en caso de insatisfacción de tal concepto por parte del empleador y, como consecuencia del incumplimiento, que finalizado el contrato laboral se solicite la indemnización ordinaria de perjuicios, demostrando los daños que la

omisión causó al trabajador; situación que no ocurre en el *examine*, por lo que, se debe absolver a la accionada de ésta petición.

v) De la terminación del contrato

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 desde la contestación del libelo, afirma que fue el señor Torres quien presentó renuncia irrevocable a su cargo por haber alcanzado su derecho a pensión y su deseo fue no continuar laborando para la empresa, como lo consignó mediante comunicación del 13 de diciembre de 2016 y, para demostrar su dicho aportó la referida comunicación en la que el demandante le informó su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, indicándole que:

“Por medio de la presente presento mi carta de renuncia al cargo que he venido desempeñando en el restaurante, le colaboraré hasta el día 30 de diciembre del 2016, de antemano gracias por la oportunidad de haberme permitido trabajar en su empresa. El motivo de mi retiro es la aprobación de la pensión de vejez” (fl.55,04ContestacionDemandaPruebas)

En este mismo sentido, las declaraciones de las dos testigos recaudadas en el proceso, fueron coincidentes en corroborar tal situación. Asimismo, este hecho de la contestación, también fue objeto de la confesión ficta que recayó sobre el demandante, como sanción ante su inasistencia injustificada a rendir interrogatorio de parte.

Consecuencia de lo anterior, es claro para la Sala que el promotor del juicio no cumplió con la carga de la prueba del hecho del despido, que como quedó visto, le correspondía demostrar si pretendía obtener una condena en contra de la encartada.

vi) De la sanción contemplada en la ley 640 de 2001, artículo 22.

La norma aludida indica:

“ARTICULO 22. INASISTENCIA A LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO. <Ley derogada a partir del 30 de diciembre de 2022 por el artículo [146](#) de la Ley 2220 de 2022> **Salvo en materias laboral, policiva y de familia**, si las partes o alguna de ellas no comparece a la audiencia de conciliación a la que fue citada y no justifica su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes, su conducta podrá ser considerada como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito en un eventual proceso judicial que verse sobre los mismos hechos.”

(Negrillas de la Sala.)

De la simple lectura del precepto en cita, se tiene que la sanción allí contemplada no aplica para los procesos en materia laboral, como es el caso que nos ocupa, razón que resulta suficiente para despachar desfavorablemente esta pretensión.

Bajo las consideraciones aquí expuestas, la Sala confirmará la sentencia de primer grado en su integridad. Sin costas en el grado jurisdiccional.

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 2 de diciembre de 2022 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

010 2019 00618 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 008 2021 00362 01
DEMANDANTE: MARIA EMILIA REVELO BUSTOS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones y Porvenir S.A contra la sentencia proferida por El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 1 de agosto de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación y traslado de régimen de pensiones, el 29 de abril de 1994, a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A. En consecuencia, se condene Protección a retornar los aportes económicos realizados, con sus respectivos rendimientos, aportes económicos en su cuenta de ahorro individual, con sus rendimientos, sin ningún tipo de descuento o disminución de capital, a Colpensiones y, a esta a reactivar su afiliación en el RPM; asimismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 4 de marzo de 1961. Se afilió y efectuó cotizaciones al ISS del 29 de noviembre de 1976 a

enero de 1994, por un total de 313.14 semanas. El 29 de abril de 1994 suscribió formulario de traslado al régimen de ahorro individual, a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A., fecha para la cual, contaba con 33 años de edad. Aduce que, la asesoría fue deficiente, por la falta de dedicación en términos de tiempo, calidad y cantidad de información, falta de instructivos, cartillas o información pedagógica, cuadros comparativos de beneficios y desventajas entre los regímenes, incumpléndose con el deber de asesoría y buen consejo, idoneidad del asesor y, suficiencia y simetría de la información. No se le informó acerca de los requisitos para pensionarse, que podría retractarse, o sobre aportes voluntarios, pensión anticipada. Reclamó ante Protección su inconformismo con relación a la falta de asesoría, obteniendo como respuesta, que para la fecha no estaban obligados a ello. Finalmente, solicitó el traslado ante Colpensiones, quien respondió no ser procedente (archivo 02, fls.1 a 14).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la actora, las semanas cotizadas al ISS, la petición de traslado y, su respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y, la declaratoria de otras excepciones. Argumentó en su defensa que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que se corrobora con la suscripción del formulario, conforme a la exigencias legales y normativas vigentes para la época; la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad (archivo 11 fls.2 a 11).

La AFP Protección S.A., se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos admitió la fecha de nacimiento de la demandante, la suscripción del formulario de afiliación a esta AFP y, las peticiones presentadas con sus respectivas respuestas. Manifestó que los restantes no son ciertos o no le constan. Propuso la excepción previa de falta de integración del litis consorcio necesario por pasiva y, las de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe,

prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM y por el contrario, se vinculó a otra administradora de fondos de pensiones privadas (archivo 09 fls.3 a 33).

Mediante auto del 22 de febrero de 2023, se dispuso la vinculación como Litis Consorcio Necesario de la AFP Porvenir S.A. (archivo14); quien, al dar contestación, rechazó las peticiones de la demanda. Respecto de los hechos aceptó la data de nacimiento de la demandante y manifestó que los restantes no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de mérito de buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación táctica de las condiciones del RAIS y, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas. En su defensa expuso que la Ley 100 de 1993, no estableció ninguna obligación para las administradoras del sistema de pensiones en materia de suministro de información, lo que solo se hizo exigible a partir del año 2016, sin que dichas normas sean retroactivas. La ineficacia implica que el acto nunca existió y, por lo tanto, el afiliado solo tendría derecho a que se le devuelvan las cotizaciones, toda vez que recibir otros emolumentos afectaría la figura de la restitución e incrementaría el patrimonio de la parte actora, afectando el de la demandada (archivo 17 fls.03 a 23).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 1 de agosto de 2023 (archivo 26), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional de la señora MARÍA EMILIA REVELO BUSTOS realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 29 de abril de 1994, mediante su afiliación a COLMENA hoy PROTECCION S.A, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora MARÍA EMILIA REVELO BUSTOS, conforme a lo señalado.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PROTECCION y PORVENIR, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora MARÍA EMILIA REVELO BUSTOS, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, precisando frente a la demandada Porvenir S.A en virtud de la devolución de saldos que ya aceptó que deberán devolverse las sumas correspondientes a cuotas de administración o cualquier otro emolumento que hubiese sido descontado y que no hubiese sido remitido a Protección S.A en virtud de traslado que realizó la actora.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR y PROTECCION, que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora.

QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada PROTECCION y PORVENIR, liquídense por Secretaría, fijando como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas, la suma de \$1.160.000 M/cte

SEXTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que, al momento del traslado, ni durante la vinculación, brindó a la accionante información adecuada, oportuna y suficiente que le permitiera conocer las implicaciones de su decisión de trasladarse.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y Porvenir, recurrieron la decisión.

Porvenir S.A. reprocha la condena por pago de administración e indexación, señalando que los gastos de administración y demás dineros

frente a los cuales se ordenó el traslado, diferentes a los obrantes en la cuenta individual de la actora, ya fueron trasladados a la AFP a la cual ésta decidió realizar el retorno, sin que hayan perdido poder adquisitivo, por el contrario, lograron incrementar el saldo de la cuenta individual, lo que no hubiere ocurrido de permanecer en el régimen de prima media; existiendo un enriquecimiento sin causa en favor del Régimen de Prima Media. De otra parte, se opone a la condena en costas, puesto que en estos casos la AFP, se somete a un proceso que no puede evitar por disposición del artículo 2º, literal e de la Ley 797 del 2003, en virtud del cual no puede autorizar el traslado de los afiliados que se encuentren a 10 años o menos de adquirir la edad de pensión, aunado a que no puede acceder materialmente a mecanismos alternativos de solución de conflictos o trasladar de régimen a la parte actora de manera voluntaria; máxime cuando en el presente caso, Porvenir no es el actual fondo donde se encuentra afiliada la actora.

Por su parte, Colpensiones arguye que la actora se encuentra dentro de la prohibición legal para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en razón a la edad, aunado a que, no es beneficiaria del régimen de transición. Así mismo, no se logró demostrar la existencia de vicio del consentimiento en su traslado al RAIS, por el contrario, se realizó de manera libre y espontánea, con la debida asesoría de los fondos privados; máxime cuando existen traslados horizontales, lo que muestra una vocación de permanencia en ese régimen pensional, además de haber permanecido allí por más de 25 años. Igualmente, reprocha la aplicación retroactiva de las normas que rigen actualmente en materia del traslado y que no estaban vigentes para la fecha en que ocurrió el de la demandante.

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 demandante.

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

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

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el

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

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es

recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actor estuvo afiliada y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones desde el 29 de noviembre de 1976 al 30 de abril de 1994 (expediente administrativo, archivo¹); fecha a partir de la cual, migró al RAIS, a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 29 de abril de 1994 (archivo 09, fl.42); posteriormente, se trasladó de manera horizontal a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A, el 1 de septiembre de 2002 (archivo 17, fls.75 y 76) y, el 28 de abril de 2006, a la AFP Santander S.A., hoy Protección, a la que se encuentra afiliada actualmente (archivo 09, fls.43 y 56).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la fecha del traslado trabajaba como asesora comercial; los citaron a una reunión por cargos, en la que les hicieron una charla sobre la nueva empresa que la Fundación Social iba a abrir, promocionando el Fondo de Pensiones Colmena; fue una charla en torno a la creación de la empresa, les comentaron que era la oportunidad de darles ese beneficio, duró aproximadamente 30 minutos. Les comentaron los beneficios para los trabajadores y que posteriormente iba a pasar una niña a las oficinas a hacerlos firmar el formulario; la reunión fue de aspectos generales. Cuando la asesora fue a la oficina, se encontraban en horario de atención al público, entonces les pidió que firmaran el formulario, dado que ya les habían dicho de que trataba; solo le pidieron los datos personales y el nombre de sus padres, ella leyó y firmó. No le solicitaron su historia laboral o las semanas cotizadas; no le explicaron cómo funcionaba cada régimen o la incidencia del cambio. El ISS tampoco presentó oposición frente a su traslado.

¹ GRP-SCH-HL-66554443332211_2272-20220531102627

Frente a su traslado a Porvenir, explica que el Banco Santander les decía que se iban a pasar a ese fondo porque estaban vendiendo las acciones y se acabó esa empresa, entonces querían que ellos firmaran; le enviaban el formulario a su correo y simplemente tenía que diligenciarlo. No recuerda haber firmado formulario con Horizonte, sin embargo, fueron tres formularios los que firmó. Aduce que no recibió asesoría de ninguno de los fondos de pensiones, tampoco le comentaron que podría trasladarse nuevamente a Colpensiones antes de cumplir cierta edad; no se acercó a Colpensiones a preguntar si continuaba el régimen de prima media. Sabía que con la firma del formulario se estaba cambiando del régimen público al privado, pero no sabía nada más al respecto. Quiere retornar a Colpensiones para obtener una mesada digna por su trabajo de 35 años, pero no sabe el monto de su pensión en ninguno de los dos regímenes.

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 a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

En consecuencia, resulta evidente que Protección 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).

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

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 Protección S.A., administradora 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 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).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Porvenir 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 vinculada 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 aspecto. 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).

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 la demandante no está llamada a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

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.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Porvenir 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, trasladar todos los recursos obrantes en la cuenta individual de la demandante, mientras ésta estuvo afiliada a dicho fondo.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1º de agosto de 2023, 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. Asimismo, **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 vinculada a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional 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 en lo demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 007 2022 00106 01
DEMANDANTE: PABLO EMILIO LONDOÑO MUÑOZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de septiembre de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad o ineficacia del traslado y afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 6 de marzo de 1996 a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordené a la AFP, a trasladar todas las cotizaciones y rendimientos a Colpensiones. Asimismo, se condene a lo ultra y extra petita y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 25 de septiembre de 1958; se afilió y cotizó a partir del 15 de marzo de 1978 al ISS contado con un total de 479.1 semanas y, 1082 a Porvenir. Para el 1996, laboraba para Integral S.A. y, a las instalaciones llegaron múltiples asesores de Porvenir S.A., para dar orientaciones relacionadas con los servicios de pensiones y cesantías que ofrecía dicho fondo, convenciéndolo para suscribir el formulario de traslado al RAIS. Aduce que los asesores le

indicaron que se podía pensionar mucho antes de cumplir la edad, pero no le mencionaron los montos y, que debían pasarse a Porvenir en pensiones, porque el ISS iba a desaparecer. Afirma que, al momento del traslado, no se le informó en forma transparente y clara, los elementos de juicio objetivo que le permitieran discernir entre las varias opciones del mercado; no se le entregó el reglamento ni el respectivo plan, ni se le suministró información suficiente, amplia y oportuna respecto de las prestaciones a las cuales tenía derecho; el asesor no contaba con la idoneidad; no se le informó sobre el derecho de retracto. Porvenir afectó el derecho a la libertad de elección al que hace referencia el Estatuto de Protección al consumidor financiero (archivo 01, fls.7 a 15).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante y las semanas cotizadas al ISS. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el accionante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no hizo uso del derecho de retracto y; que no se configuró vicio del consentimiento (archivo17, fls.3 a 39).

Por su parte, la AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación del demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; además

el demandante no es beneficiario del régimen de transición (archivo16, fls.2 a 24).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 13 de septiembre de 2023 (archivo25), resolvió:

PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado del régimen intencional realizado por el señor Pablo Emilio Londoño Muñoz, con la AFP Porvenir, el 6 de marzo de 1996.

SEGUNDO: ORDENAR a Porvenir a trasladar todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor Pablo Emilio Londoño Muñoz, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Porvenir a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde marzo de 1996, cuando ocurrió el traslado del régimen pensional, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el término de treinta (30) días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como su afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al señor demandante desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: Dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y Porvenir.

SEXTO: Las costas procesales de esta primera instancia son a cargo de Colpensiones y Porvenir. Las agencias en derecho se tasan a favor del demandante, en 2 SMMLV, a la fecha del pago y a cargo de cada uno de los demandados.

SÉPTIMO: ORDENESE la consulta de esta sentencia a favor de Colpensiones como entidad garantizada por la Nación, a fin que el superior revise la legalidad de lo decidido.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP demandada no demostró haber cumplido con su deber de información al momento de la afiliación ni posteriormente, sin que sea suficiente la simple suscripción del formulario; carga que le correspondía en los términos del artículo 1604 del Código Civil; concluyendo que la vinculación del demandante al

régimen privado de pensiones no estuvo acorde al Estatuto de Seguridad Social y las reglas de libertad de escogencia del sistema.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas recurrieron la sentencia.

Colpensiones manifestó que, para la fecha del traslado la normativa aplicable era la Ley 100 de 1993 y solo bastaba con la aceptación espontánea, libre y expresada de un afiliado para, lo cual se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación; por lo que la asesoría debe ser valorada bajo la normativa vigente para la fecha de suscripción del formulario de la materialización del traslado. Aunado a ello, no tiene justificación alguna el gravamen a Colpensiones quien, sin haber participado en el trámite del traslado, es quien debe afrontar la carga de la prestación, por lo que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, puesto que es un tercero en este asunto; máxime cuando el accionante ha permanecido en el RAIS por más de 27 años, con lo que la administradora resulta lesionada, en cuanto se afecta el equilibrio de la sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política. El actor se encuentra en la prohibición legal de trasladarse en razón a la edad, la que se estableció para proteger el fondo común por medio del cual Colpensiones paga las respectivas pensiones de sus afiliados. En caso de confirmar la decisión, debe mantenerse la condena impuesta a la AFP. Finalmente, reprocha la condena en costas, por cuanto ha actuado en cumplimiento del orden legal y nada tuvo que ver en la decisión del demandante de trasladarse de régimen.

Por su parte, Porvenir S.A., solicita se revoque la condena por los gastos de administración, toda vez que estos no forman parte integral de la pensión y por ello están sujetos a la prescripción. Además, resalta que la superintendencia financiera indicó que, en los eventos en que proceda la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta del afiliado, sin que proceda la devolución de primas de seguros previsionales, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió el deber contractual de mantener la cobertura

durante la vigencia de la póliza, como tampoco la comisión de administración. Considera que no hay lugar a la indexación de las condenas, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

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 demandante.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 15 de marzo de 1978 al 30 de abril de 1996 (archivo17, fls.62 a 64); fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación del 6 de marzo de 1996 (archivo16, fls.25 y 29).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para el año 1996, cuando estaba trabajando en la cervecería Leona, con la empresa integral, empezaron lo de los traslados a Porvenir; allá iban unas niñas a la empresa, tenían oficina y, aunque al principio fue reacio, lo terminaron convenciendo porque le decían que se podría pensionar mucho antes de cumplir los 50 años y que los montos de la pensión podrían llegar hasta el doble de lo que podría dar el Seguro Social, pero eso nunca ocurrió. Nunca le hicieron reasesoría, ni le informaron que antes de cumplir los 52 años era la edad límite para devolverse al régimen de prima

media. Quiere retornar a Colpensiones porque en Porvenir, cuando cumplió la edad le hicieron un cálculo y le dijeron que no le alcanzaba ni siquiera para una pensión de un mínimo, por lo que su pensión sería de ese valor, mientras que en Colpensiones sería más alta. No hizo preguntas. Fue una asesoría individual de más o menos 10 minutos. No se acercó al ISS a indagar, por cuanto en Porvenir le dijeron que era más beneficioso. Sobre la pensión solo le dijeron que, al momento de cumplir el tiempo, sería Porvenir quien le pagaría su mesada. Porvenir nunca le explicó sobre requisitos de pensión, modalidades, aportes voluntarios, ni para qué requería los beneficiarios dentro del formulario de afiliación. Se enteró que para pensionarse debía tener acumulado cierto capital, hace poco.

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

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

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir faltó a su deber 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 a 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., deberá devolver 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). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). Por tanto, la sentencia será confirmada en este aparte.

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.

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.

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, también recibir sin solución de continuidad como afiliado al demandante desde su afiliación inicial al ISS.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia.

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 la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de septiembre de 2023, 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.

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

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



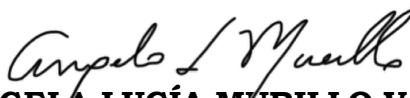
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto

007 2022 00106 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 004 2022 00366 01
DEMANDANTE: NANCY KAY SOTO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Porvenir S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de septiembre de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir. En consecuencia, se ordené a la AFP devolver todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y gastos de administración, a Colpensiones y, a ésta, a reactivar su afiliación, actualizar y corregir su historia laboral, sin solución de continuidad. Asimismo, se ordene a Colpensiones reconocer y pagar la pensión de vejez, con las mesadas ordinarias y extraordinarias, debidamente indexadas; y se condene a lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 22 de agosto de 1960, contando con más de 62 años de edad. Estuvo afiliada y cotizó a Colpensiones desde el inicio de su vida laboral el 10 de junio del año de

1997. Aduce que el 26 de agosto de 2009, fue citada junto con su esposo al Banco BBVA sede Fusagasugá, con el argumento de que presentaban un problema con sus aportes a pensión, dentro del banco funcionaban las oficinas de Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A., donde le solicitaron firmar un documento autorizando revisar su historia laboral con el fin de solucionar el inconveniente que presentaban; el 21 de septiembre siguiente, se le informa por parte de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A., que se encontraba afiliada a este fondo de pensiones desde el 27 de agosto de esa anualidad; para esa data tenía cumplidos 49 años de edad, cuando le faltaban 8 años para cumplir el requisito de la edad de pensión, violando lo establecido en el literal “e” del artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Manifiesta que esta afiliación se realizó sin suministrarle información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría el traslado de régimen; en ningún momento le manifestaron que la iban a trasladar de Colpensiones, no se le explicó la naturaleza propia del RAIS, ni sus características, diferencia con el Régimen de Prima Media y, en general, se omitió dar información de las ventajas y desventajas sobre el cambio de régimen pensional (archivo 01, fls.1 a 17).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante y, manifestó que los restantes hechos no le constan o no son situaciones fácticas. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021, falta de legitimación en la causa y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que, con la suscripción del formulario a la AFP, la demandante tomó la decisión de manera libre y espontánea de

trasladarse y permanecer en el RAIS, sin que pueda pregonarse error en la información; además que ha permanecido por más de 20 años en dicho régimen; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y; que no se configuró vicio del consentimiento (archivo 09, fls.2 a 21).

La AFP Porvenir rechazó las peticiones de la demanda. Respecto de los hechos aceptó la data de nacimiento de la demandante y su vinculación con esta AFP. Manifestó que los restantes no son ciertos, no le constan o no son situaciones fácticas. Propuso las excepciones de mérito de buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación táctica de las condiciones del RAIS y, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas. En su defensa expuso que la Ley 100 de 1993, no estableció ninguna obligación para las administradoras del sistema de pensiones en materia de suministro de información, lo que solo se hizo exigible a partir del año 2016, sin que dichas normas sean retroactivas. La ineficacia implica que el acto nunca existió y, por lo tanto, el afiliado solo tendría derecho a que se le devuelvan las cotizaciones, toda vez que recibir otros emolumentos afectaría la figura de la restitución e incrementaría el patrimonio de la parte actora, afectando el de la demandada (archivo 11 fls.3 a 23).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 5 de septiembre de 2023 (archivo 16), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de NANCY KAY SOTO a la AFP PORVENIR S.A, suscrita el 26 de agosto de 2009, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante

que los justifiquen. La anterior orden deberá ser cumplida dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. Esta orden deberá cumplirse dentro del término de los 15 días siguientes al termino señalado en el numeral anterior.

CUARTO: ABSOLVER a las demandas de las demás pretensiones incoadas en su contra conforme a lo expuesto.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR. Fijense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo.

SÉPTIMO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral.

Como sustento de su decisión, señaló que no demostró la AFP haber brindado a la afiliada en el momento del traslado al RAIS, información clara que le permitiese tener claras las condiciones y características de ese régimen, sin que pueda suplirse por los traslados o vinculaciones entre administradoras.

En lo que respecta a la pensión de vejez, adujo que revisada la historia laboral de la accionante, si bien cuenta con la edad, no cumple con el requisito de las 1300 semanas de cotización exigidas por la normativa.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Porvenir, reprocha lo referente a la indexación, afirmando que sería una doble condena en su contra, remitiéndose al concepto emitido por el Tribunal de Cali, Sentencia 146 del 9 de junio de 2023 y Sentencia 176 del 14 de julio del 2023; aunado a ello, los gastos administrativos no han perdido el poder adquisitivo, contrario a ello, estos gastos lograron incrementar de sobremanera el saldo de la cuenta individual de la parte actora y la condena de devolución de gastos administrativos de manera indexada generarían un enriquecimiento sin justa causa a 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 demandante.

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 de la 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

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones desde el 1º de junio de 1997 al 31 de agosto de 2009 (expediente administrativo, archivo GRP-SCH-HL-2022_5705622-20220504121853); fecha a partir de la cual, migró al RAIS, a través de la AFP BBVA Horizonte, hoy Porvenir S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 26 de agosto de 2009 (archivo 11, fl.76).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que, recibió una llamada del Banco de BBVA, citándolos, en donde la señora Lola Betancurt les dijo que había un problema con la pensión de su esposo y de ella, que no sabían en dónde estaba la atención y en qué condiciones, por lo que firmaron unos papeles para autorizar a averiguar dónde y en qué condiciones estaba; esa es toda la conversación que tuvieron ese día. No se ha acercado a Colpensiones a averiguar sobre requisitos de pensión, sí fue alguna vez a actualizar el historial. No corroboró la información con Colpensiones. Supuestamente está cotizando en Porvenir, le han dicho que

vaya a actualizar los datos, pero no quiere porque sería aceptar que está vinculada ahí, cuando no está de acuerdo.

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 a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

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

Por ello la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación, para declarar la del traslado, 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.

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., 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). 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 confirmada en este aspecto.

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 la demandante no está llamada a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

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.

Pensión de vejez

Establecido entonces que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones, pasa la Sala a determinar si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, contempla como requisitos para acceder a la pensión de vejez en lo que interesa al proceso, que la afiliada mujer haya alcanzado los 57 años y acredite cotizaciones por un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. Precisa la norma que a partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementaría en 50 y a partir del 1 de enero de 2006 ascenderá en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

En esa perspectiva, una vez realizadas las validaciones correspondientes, se determina que la accionante alcanzó los 57 años de edad el 22 de agosto de 2017 (fl.36 archivo 01); no obstante, a lo largo de su vida laboral acredita 590,71 semanas de aportes a Colpensiones y, 685,7 acumuladas en Porvenir, para un total de 1.276,41 semanas cotizadas en toda su vida laboral (archivos 11, fl. 67 a 70 y archivo: GRP-SCH-HL-2022_5705622-20220504121853, del expediente administrativo); por lo que no tiene derecho a acceder a la pensión de vejez en los términos previstos en la ley de seguridad social, en atención a que no ha cumplido el tiempo mínimo de semanas exigidas por el precepto en cita.

No obstante, tal como lo advirtió el a quo, la demandante tiene derecho a continuar cotizando, para que una vez cumplido el requisito de semanas mínimas, proceda a solicitar la prestación pretendida. Cumple advertir que, sólo hasta que Colpensiones reciba a satisfacción el traslado del saldo en cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales a

que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, estará obligada a reconocer la prestación de vejez, pues no cuenta en la actualidad con los recursos para financiar la pensión. En consecuencia, se confirmará la sentencia de primer grado en este sentido.

Sin 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 Cuarto Laboral del circuito de Bogotá el 5 de septiembre de 2023, en el sentido de declarar la ineficacia únicamente del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional 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 en lo demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 004 2022 00232 01
DEMANDANTE: JORGE ARTURO MEJÍA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y
SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de agosto de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de la AFP Skandia y los posteriores traslados a Colfondos y Porvenir. En consecuencia, se condene a ésta última AFP a trasladar cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con sus respectivos frutos e intereses y saldos, a Colpensiones y; a ésta, a aceptar dichos aportes, reconocerlo como su afiliado, activar su afiliación y actualizar su historia laboral sin solución de continuidad. Así mismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que inició sus cotizaciones al ISS para los riesgos de IVM, el 17 de enero de 1985, aportando 390

semanas, al que se encontraba afiliado a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuando funcionarios de Colfondos y Skandia lo abordaron para obtener su traslado al RAIS. En mayo de 1994 se trasladó a Porvenir S.A., suscribiendo formulario de afiliación. Aduce que las AFP no le brindaron información clara, oportuna, precisa, confiable y verás sobre las implicaciones del traslado ni diferencias entre regímenes; no le elaboró proyección futura sobre el cálculo de cotizaciones, ni le explicó sobre la definición del monto de pensión, posible mesada, bono pensional o cuenta individual; le expuso como argumentos que el ISS presentaba serias dificultades y que no se podía pensionar, mientras que en el fondo privado se podía pensionar a cualquier edad, pero no le aclaró la diferencia en la definición del monto en cada régimen; solo le indicó ventajas y beneficios de trasladarse; tampoco se le informó sobre la posibilidad de retornar al RPM antes de cumplir 52 años de edad. Manifiesta que cuenta con más de 1200 semanas de cotización. Nació el 21 de noviembre de 1962, por lo que cumplirá los 62 años de edad en mismo día y mes del año 2024. Solicitó a las demandadas la invalidación de su afiliación al RAIS y traslado a Colpensiones, obteniendo respuesta negativa, quedando agotada la vía gubernativa (archivo 01, fls.1 a 28).

Al dar contestación, **Colpensiones** se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación del demandante al ISS, las cotizaciones efectuadas, la petición elevada con su respuesta y el agotamiento de la vía gubernativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que, con la suscripción del formulario a la AFP, el demandante tomó la decisión de manera libre y espontánea de trasladarse y permanecer en el RAIS, sin que pueda pregonarse error en la información; además que ha permanecido por más de 20 años en dicho régimen; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y; que no se configuró vicio del consentimiento (archivo 07 fls.2 a 20).

Skandia S.A., al contestar la demanda se opuso al éxito de las aspiraciones. De los hechos dijo no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones que denominó: cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, 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 facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y las demás declarables de oficio. En su defensa alegó que el demandante no acreditó lo fundamentos fácticos para obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación; que la elección fue libre y voluntaria y, se materializa con la suscripción del formulario de afiliación; aduce haber cumplido el deber de información a cargo de los Fondos de Pensiones y, que el demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado en atención a la edad, sin que sea beneficiario del régimen de transición (archivo 08 fls. 3 a 21).

La **AFP Porvenir** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la afiliación del accionante a esta AFP, el total de semanas de cotización y, la petición de invalidación de la afiliación, con su respuesta negativa; manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. 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 expuso que la afiliación del demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; que el demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; que durante su vinculación como afiliado de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (archivo 09 fls. 2 a 40).

Por su parte, **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías** rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la fecha de nacimiento del demandante y manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de 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 declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea del demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, el actor no es beneficiario del régimen de transición (archivo 10 fls.5 a 26).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 9 de agosto de 2023 (archivo 16), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de JORGE ARTURO MEJIA a la AFP PORVENIR S.A suscrita el 22 de mayo de 1994. En Consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. La anterior orden deberá ser cumplida dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a AFP COLFONDOS S.A, y SKANDIA., S.A., a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora. Esta orden deberá cumplirse en el término señalado en el punto anterior.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. Esta orden deberá ser cumplida dentro de los 15 días siguientes al termino establecidos en los numerales segundo y tercero de esta decisión.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas AFP PORVENIR S.A., AFP COLFONDOS S.A, y SKANDIA., S.A., Fijense como agencias en derecho la suma de \$ 1 SMMLV a cargo de PORVENIR y ½ SMMLV a AFP COLFONDOS S.A, y SKANDIA., S.A.

SÉPTIMO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral.

Como sustento de su decisión, señaló que no demostraron las AFPs haber brindado al afiliado en el momento del traslado al RAIS, información clara que le permitiese tener claras las condiciones y características de ese régimen, sin que pueda suplirse por los traslados o vinculaciones entre administradoras.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas recurrieron la sentencia.

La **AFP Porvenir S.A.** aduce que, si bien existe el presente jurisprudencial planteado por la H. Corte Suprema de Justicia, no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos en donde se solicita la ineficacia de la afiliación por el incumplimiento del deber de información. En efecto, el demandante realizó un traslado voluntario, sin presiones e informado, de conformidad la normativa vigente para el momento del traslado en el año 1994, aunado a que la información relacionada con las condiciones, características, ventajas y desventajas se encontraba establecida en la Ley 100 de 1993, por lo que el demandante pudo validarla en cualquier momento. En relación con los rendimientos, no tiene sentido que, si el traslado al RAIS no surtió ningún efecto legal, se obligue a remitir los rendimientos propios de este dominio. Adicionalmente, reprocha lo referente a la indexación, afirmando que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder

adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar.

Por su parte **Skandia**, reprocha la condena al argumentar que desde la contestación de la demanda se demostró que el traslado de recursos se realizó hacia Colfondos desde el año 2002, fecha desde cuando no cuenta el demandante con cuenta activa y su saldo es cero. Si en el presente caso se declaró una ineficacia del traslado, los traslados de los recursos son los que regula el Decreto 3925 del año 2008. Asimismo, el demandante contó con una protección por una posible contingencia de invalidez o muerte, rubros referentes a las primas, que son pagados a unas aseguradoras, que son terceros y que son quienes cuenta con estos rubros y no la AFP Skandia. De confirmarse la decisión de devolución de gastos y prima, reprocha la indexación, por un lado, porque no fue solicitada en la demanda y, por otro, por cuanto al ordenar los rendimientos, se estaría imponiendo una doble sanción y generando un enriquecimiento sin justa causa.

Colfondos S.A., arguye que la decisión de declarar la ineficacia del traslado, sí afecta la sostenibilidad fiscal del sistema pensional, pues causa un déficit por cuanto quienes deciden regresar al régimen de prima media son quienes gozan de unas mejores mesadas pensionales. Además, en cuanto al deber de asesoría y buen consejo, no podía exigírsele a los fondos cumplir con un deber de asesoría consagrado en normas posteriores al traslado. Respecto de los gastos de administración y primas de seguro, debe tenerse en cuenta que estos se pagaron a estos terceros de buena fe y es un contrato de tracto sucesivo que se ejecuta mes a mes y que le garantizó al demandante su aseguramiento en caso de invalidez o fallecimiento. En el mismo sentido, los rendimientos que los fondos de pensiones han garantizado durante los cerca de 28 años que el señor Mejía ha estado afiliado al RAIS, no existirían de haber permanecido en el régimen de prima media y, por lo tanto, se impone una sanción que no tiene fundamentos legales ni jurídicos, porque se ha creado el estigma de una mala administración y el aprovechamiento irregular de los fondos de pensiones, sin tener en cuenta que simplemente se obedece lo que estipula la ley. Finalmente, frente a la indexación, es otra sanción adicional que no

procede, toda vez que los rendimientos mínimos generados, evitan el envilecimiento de los dineros.

Finalmente, **Colpensiones** imploró revocar la decisión al señalar que no se demostró la falta de información, dado que es deber de la parte demandante probar, como lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso, como ha establecido la jurisprudencia en sentencia C-086 del 2016, donde estableció que dicha carga será asumida por quien se le haya vulnerado expectativas legítimas; teniendo que en este caso, el demandante no era beneficiario del régimen de transición, ni estaba próximo a pensionarse. De igual forma, de conformidad con la normativa para el año en que se efectuó su traslado al RAIS, el deber de información que estaba en cabeza de los fondos privados era el formulario de afiliación; aunado a que el demandante ratificó su decisión de permanecer dentro de este régimen cuando se trasladó dentro del mismo a varios fondos privados. No hay lugar a declarar la ineficacia del traslado por falta de información, en el entendido en que el demandante pudo haber consultado la normatividad vigente para el régimen al cual se estaba afiliando, sin que se pueda tener la ignorancia de la ley como excusa, pues en él también recaía la obligación de informarse de los servicios que estaba adquiriendo; evidenciándose una negligencia por parte del actor, que solamente corrobora la información al momento de estar inmerso en la prohibición establecida en el artículo 2º de la Ley 797 del 2003. Finalmente, recibir al demandante en el régimen de prima media, afecta el principio de la sostenibilidad financiera, como lo estipula el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, puesto que estaría descapitalizando el sistema de Seguridad Social, dado que a futuro, para Colpensiones no es rentable financiar una prestación de una persona que no ha estado vinculada dentro de este régimen, dejando en desventaja a los afiliados que están próximos a cumplir la edad requerida para pensionarse.

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 demandante.

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

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

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

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

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

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones desde el 17 de junio de 1985 al 31 de mayo de 1994 (expediente administrativo, archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2377-20221005105603); fecha a partir de la cual, migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 22 de mayo de 1994 (archivo 09, fls.41 y 84); cambió horizontalmente a la AFP Skandia S.A., a partir del 12 de junio de 2001 (archivo 08, fl.38 y 50); posteriormente, se trasladó a Colfondos S.A., el 14 de junio de 2002 (archivo 09 fl.84) y, finalmente, retornó a Porvenir el 18 de agosto de 2006 (archivo 09, fls. 42 y 84).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que, para el momento de su traslado al RAIS se acercaron al sitio de trabajo un grupo de personas del fondo privado, y ese grupo de personas era, por decir algo, 10 y cada 1 se sentaba con 1 al escritorio, le decía que el Seguro Social iba a desaparecer y tenía que pasarse al obligatoriamente al fondo privado, salvo si había empezado a trabajar desde el año 78 o 77, porque ahí sí lo alcanzaba a pensionar el seguro; eso era la única diferencia. Tiene entendido que el fondo iba de la mano con la cooperativa en que trabajaba. No le explicaron que el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y los rendimientos que este genera, que el monto de su pensión dependería del capital acumulado, que requería un capital para financiar la pensión, sobre la garantía de pensión mínima, devolución de saldos, nunca le hicieron una proyección de su mesada pensional. Los asesores que fueron eran de una entidad que cree que se llamaba Invertir,

que cree correspondía al sector cooperativo. Siempre ha trabajado en el sector financiero y cada uno corresponde a un grupo económico, por eso cada vez que cambiaba de entidad de trabajo, iba el asesor del fondo privado que correspondía al grupo de esa entidad financiera y, cambiaba de fondo, pero no había quién le explicara sobre su prestación.

No recuerda haber recibido comunicación de parte de Porvenir en la que se le informaba sobre la prohibición de traslado de régimen pensional. Recibió extractos, pero allí no se detalla el capital para pensionarse. Quiere retornar a Colpensiones porque, a raíz del COVID se acercó a Porvenir y ahí se enteró que le convenía más. En cuanto al traslado a Colfondos, no recuerda cuando fue, ni específicamente cómo fue, no recuerda asesores ni nada. No recuerda haber leído los formularios de afiliación. Recuerda que le hablaron del bono pensional, pero no qué era una cuenta de ahorro individual, ni menos que era hereditable.

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 Porvenir faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado

por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

Por ello la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación, para declarar la del traslado, 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.

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

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. administradora a la que se encuentra actualmente afiliado el accionante deberá devolver 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). 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 confirmada en este aspecto.

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

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.

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.

Sin 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 Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de agosto de 2023, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia, en el sentido de indicar que la condena allí impuesta, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos también 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 lo demás la sentencia del *a quo*.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 002 2019 00479 03
DEMANDANTE: ALEJANDRO JOSÉ OCAMPO MORA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colfondos S.A. y Skandia S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 septiembre de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la nulidad de su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a la AFP Protección a retornarlo al régimen de prima media con prestación definida y, enviar los saldos o aportes pensionales, cobros y gastos de administración; se condene a Colpensiones a aceptarlo sin solución de continuidad y recibir el traslado de los valores; asimismo, se condene a las demandadas al pago de costas, y a lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que ha prestado sus servicios como empleado al grupo Aval y otros. Estuvo vinculado al régimen de prima media con prestación definida, hasta que suscribió vinculación con el régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Porvenir S.A. Aduce que la AFP contrató un sinnúmero de asesores comerciales sin conocimiento idóneo, para la captación de trabajadores y su respectiva afiliación, quienes lo indujeron de manera equívoca a vincularse al RAIS, pues le indicaron que no perdería los beneficios del RPM, nunca le indicaron los eventuales riesgos de trasladarse, ni le suministraron información idónea, consistente, veraz y objetiva, ni le hicieron simulación de la mesada; así mismo su empleador, la Corporación Las Villas S.A. perteneciente al Grupo Aval, mismo grupo al que pertenece la AFP, lo requirió para que firmara el traslado; por lo que no fue libre, espontáneo, ni informado. Desde esa fecha ha estado tramitando su traslado nuevamente al régimen de prima media.

De la misma manera, el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, tampoco realizó gestión alguna para desvirtuar los argumentos de la AFP de que se iba a acabar, ni procuró darle información alguna. Manifiesta que nunca presentó comunicación escrita a Porvenir, ni a su empleador, de su decisión de traslado. Posteriormente se cambió horizontalmente a la AFP Protección S.A., a la que se encuentra actualmente afiliado. Considera que su permanencia en el RAIS lesiona sus derechos a la libre escogencia, pleno consentimiento, calidad de vida, dignidad humana y mínimo vital, irrenunciabilidad de los beneficios laborales y, empobrece su poder adquisitivo. Indica que ha radicado solicitud de afiliación a Colpensiones, y de desvinculación a Porvenir y Protección, obteniendo respuesta negativa (archivo01, fls.4 a 21).

Al dar contestación, **Colpensiones** se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la vinculación del demandante al régimen de prima media, la solicitud de afiliación y su respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito las 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. Argumentó que el accionante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no hizo uso del derecho de retracto y; que no se configuró vicio del consentimiento (archivo 01, fls.110 a 151).

Por su parte, la **AFP Protección** se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la contratación de asesores comerciales para la captación de afiliados, la afiliación del actor a esta AFP donde se encuentra su capital ahorrado y, la solicitud de desvinculación radicada. Frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible al demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM y por el contrario, se vinculó a otra administradora de fondos de pensiones privadas (archivo 01, fls.191 a 224).

Porvenir S.A., al responder la demanda, se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle, no ser ciertos o no constituir situaciones fácticas. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación del demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o

engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación y la vinculación a varias administradoras de fondos de pensiones privadas; además el demandante no es beneficiario del régimen de transición (archivo 01 fls.319 a 353).

Mediante auto proferido en audiencia del 19 de agosto de 2021, se dispuso la vinculación de Colfondos S.A. y Skandia S.A. (12ActaAudienciaArticulo77).

Skandia S.A., al contestar la demanda se opuso al éxito de las aspiraciones en su contra. Dijo no constarle los hechos. Propuso las excepciones que denominó: cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, 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 facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y las demás declarables de oficio. En su defensa alegó que el demandante no acreditó lo fundamentos fácticos para obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación; que la elección fue libre y voluntaria y, se materializa con la suscripción del formulario de afiliación; aduce haber cumplido el deber de información a cargo de los Fondos de Pensiones y, que el demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado en atención a la edad, sin que sea beneficiario del régimen de transición (archivo 15 fls.64 a 82).

Finalmente, **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, estando debidamente notificada, guardó silencio, por lo que, mediante auto del 8 de febrero de 2022, se tuvo por no contestada la demanda (18AutoCalificaInadmiteLlamamientoGarantia).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 11 septiembre de 2023 (archivo 44), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante Alejandro José Ocampo Mora identificado con la C.C. 3.228.448, en el año 1995 del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR que el demandante Alejandro José Ocampo Mora ha estado afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida sin solución de continuidad desde su elección inicial, conforme a lo considerado en este proveído.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por cada una de las aquí demandadas.

CUARTO: CONDENAR a las demandadas Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Protección S.A., Skandia S.A. y Colfondos S.A. a retornar o trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todas las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, Alejandro José Ocampo Mora, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, durante su permanencia en cada uno de ellos y, eventualmente, de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando se rediman.

QUINTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a que, una vez los Fondos de Pensiones aquí demandados trasladen los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral del demandante, con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización.

SEXTO: CONDENAR en costas a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., incluyendo en su liquidación como agencias en Derecho en favor de la parte demandante, el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, absolviendo de condena en costas a las demás demandadas por las razones expuestas.

SEPTIMO: CONSÚLTESE con el Tribunal Superior- Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá, en lo desfavorable a Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que las AFP no demostraron haber cumplido con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuno y suficiente respecto del cambio régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo; carga que le correspondía.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colfondos y Skandia apelaron lo resuelto.

Skandia solicita se revoque la condena impuesta tendiente a devolver los gastos de administración y seguros previsionales, toda vez que estos ya fueron acaecidos a favor del demandante; asimismo, en cuanto a los seguros previsionales, estos seguros se utilizan para para los riesgos de invalidez y sobrevivientes y nunca han estado en la administración de esta AFP; y su condena conllevaría a un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y un deterioro al patrimonio de Skandia.

Por su parte Colfondos reprocha la orden de devolver los conceptos que se encuentran en las cuentas de ahorro individual, así como los gastos de administración de seguros previsionales y el porcentaje de garantía de pensión mínima, teniendo en cuenta que la cuenta del demandante se encuentra en ceros y en estado inactiva y, todos los saldos ya fueron trasladados cuando cambió de fondo. En lo que tiene que ver en los gastos de administración y seguros previsionales, fueron descuentos legales destinados a adquirir la póliza de seguro previsional para cubrir las eventualidades de invalidez y sobrevivencia y que se destina a una aseguradora ajena al proceso. Debe analizarse lo correspondiente a las restituciones mutuas y; tenerse en cuenta que, los gastos de administración no financian directamente la mesada pensional, por lo que son susceptibles de prescripción.

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 demandante.

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

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

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

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de

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

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

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

prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al seguro social ISS, hoy Colpensiones desde el 20 de febrero de 1978 (archivo 01, fls.159 a 162); migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir, mediante suscripción de formulario de vinculación, el 29 de marzo de 1995 (archivo 01, fl.354); se trasladó de manera horizontal a la AFP Santander, hoy Protección, el 10 de julio de 2003 (archivo 01, fl.236); posteriormente, cambió a Colfondos el 25 de marzo de 2004, retornó a Santander, hoy Protección el 18 de noviembre de 2004 (archivo 01, fl.237); nuevamente a Colfondos el 1 de julio de 2005, a Santander el 29 de marzo de 2006 (archivo 01, fl.238); luego se trasladó a Skandia el 29 de julio de 2007 (archivo 15, fl.97), regresó a Santander el 12 de febrero de 2008 (archivo 01, fl.239), volvió a Skandia el 30 de mayo de 2011 (archivo 15, fl.98) y, finalmente se vinculó a ING, hoy Protección, el 30 de noviembre de 2011 (archivo 01, fl.240)¹.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que se trasladó del Seguro Social a Porvenir, a raíz de una solicitud que le hicieron algunos compañeros de cuando trabajó en la corporación de ahorro y vivienda las Villas, ellos le hicieron la solicitud de colaborar para fortalecer ese fondo y en esa época las condiciones del Seguro Social no eran las mejores y el ofrecimiento que hacían era muy atractivo y por eso hizo el cambio. Le dijeron que se podía pensionar antes, podía retirarse y recibir todo su dinero ahorrado y, que el Seguro Social tenía un mal futuro, que por eso se había creado los fondos de pensiones; que los aportes que había realizado al ISS iban a trasladarlos al fondo y que sus cotizaciones iban a ser invertidas, que entre mayores rendimientos tuvieran las inversiones eso lo beneficiaba. No le comentaron cuáles eran los requisitos para pensionarse, o respecto de la cuenta ahorro individual, heredabilidad de la de las cotizaciones, ni aportes voluntarios. Los

¹ ExpedienteFisicoDigitalizado, fl.244

traslados horizontales posteriores tienen que ver básicamente con los rendimientos; las personas que hacían labor comercial de los fondos llegaban a su sitio de trabajo y les mostraban que para ese momento tenían mejores rendimientos. Nunca recibió llamada, asesoría o visita de algún asesor del Seguro Social o Colpensiones. Se enteró de la condición de los 10 años para poder hacer el cambio, 5 años después; nunca ningún asesor le informó de esa prohibición. En el 2021 fue a Protección a pedir una liquidación y le calcularon una pensión de \$5'200.000, mientras que, haciendo un cálculo del 70% de su salario, su pensión en Colpensiones debería estar por \$6'800.000-\$7'000.000.

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 afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

En consecuencia, resulta evidente que 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).

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

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 Protección S.A., administradora a la que se encuentra actualmente afiliado el accionante, deberá devolver 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 tanto, la sentencia se confirmará en este aparte. 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., Colfondos S.A. y Skandia 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 el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en este aspecto, pues no pueden incluirse los valores que ya fueron trasladados a otra AFP por cotizaciones y rendimientos. 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).

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.

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 CSJ SL373-2021 entre otras.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 septiembre de 2023, 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 a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar 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. Asimismo, **CONDENAR** a las AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Skandia 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

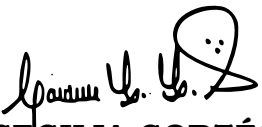
Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: 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 lo demás la sentencia del a quo.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 002 2019 00422 01
DEMANDANTE: PABLO IGNACIO RODRÍGUEZ ARIZA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CENSANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de junio de 2023.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se devuelvan todos los valores que la AFP hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos, a Colpensiones, y a ésta, a tenerlo como afiliado; así mismo, se condene a las demandadas al pago de costas, y a lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 5 de abril de 1962. El 1º de julio de 1994 se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. y posteriormente, el 22 de julio de 1996 se trasladó a Colfondos. Aduce que al momento de los

respectivos traslados no recibió asesoría en la que se le informara con claridad y precisión las consecuencias del cambio de régimen; por el contrario, se le prometió que se pensionaría antes de los 60 años de edad y que su mesada sería más elevada que en el seguro social. Ha cotizado al 1º de octubre de 2018 un total de 1089 semanas, de las cuales, 631 semanas lo fueron al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones y, 111 semanas a la AFP Horizonte, hoy Porvenir. De acuerdo con reporte emitido por Colfondos, cuenta con un capital acumulado de \$101.495.646, teniendo derecho a continuar cotizando y alcanzar el número mínimo de 1150 semanas, para una pensión de garantía mínima; mientras que, en el régimen de prima media, su mesada ascendería a \$2'686.660 aproximadamente. Solicitó a las demandadas dejar sin efecto su afiliación al RAIS, obteniendo respuesta negativa (archivo01, fls.4 a 16).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante y sus cotizaciones al ISS. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el accionante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no hizo uso del derecho de retracto y; que no se configuró vicio del consentimiento (archivo 05, fls.2 a 35).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió el traslado del actor a esta AFP, la petición de ineficacia y su respuesta. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de 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 declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea del demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, el actor no es beneficiario del régimen de transición (archivo 17, fls. 2 a 15).

Mediante auto del 8 de abril de 2022, se dispuso la vinculación como litisconsorte necesario de Porvenir S.A., quien al responder la demanda, se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó las cotizaciones efectuadas a esta AFP y, manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación del demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación y la vinculación a varias administradoras de fondos de pensiones privadas; además el demandante no es beneficiario del régimen de transición (archivo 19 fls. 2 a 22).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 28 de junio de 2023 (archivo 26), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DE TRASLADO del demandante PABLO IGNACIO RODRÍGUEZ ARIZA identificado con cédula de ciudadanía No. 19.494.473, a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR el día 11 de junio de 1994, y consecuentemente a COLFONDOS S.A. de fecha 22 de julio de 1996, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a COLFONDOS S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante el señor, PABLO IGNACIO RODRÍGUEZ ARIZA identificado con cédula de ciudadanía No. 19.494.473, como los rendimientos financieros, cotizaciones y comisiones con cargo a sus propias utilidades, que cada 1 tenga en su poder en la actualidad, y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 29 de agosto de 1977, por lo que deberá incluir en las bases de datos y los sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del demandante, PABLO IGNACIO RODRÍGUEZ ARIZA, Identificado con la cédula de ciudadanía número 19494473 en el régimen de prima media con prestación definida, una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salarios mínimo legal mensual vigente.

Como sustento de su decisión, señaló que de las probanzas del proceso resulta indiscutible que las demandadas omitieron en el momento del traslado de régimen el deber de información para con el accionante, pues no comunicó las condiciones que debía cumplir para su expectativa pensional y las consecuencias derivadas del cambio de régimen; en esa medida, al tenor de la jurisprudencia, deriva en la ineficacia del traslado.

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 demandante.

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

quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

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

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

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

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

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

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

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

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al seguro social ISS, hoy Colpensiones desde el 29 de agosto de

1977 hasta el 10 de junio de 1994 (archivo 05, fls.36 a 37); fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Colpatria, hoy Porvenir, mediante suscripción de formulario de vinculación, del 11 de junio de 1994 (archivo 19, fl.71); posteriormente, se trasladó de manera horizontal a la AFP Colfondos, el 22 de julio de 1996 (archivo 17, fl.24).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que su traslado del Seguro Social al fondo privado, ocurrió por la época del año 1994, en donde el Seguro Social estaba en circunstancias críticas en cuanto a su tema de funcionamiento administrativo, etcétera y, para ese entonces en la empresa lo visitó una persona de Colpatria, quien le vendía algunas cédulas de capitalización, y lo invitó a que se hiciera este traslado porque era la mejor alternativa del momento, ya que le ofreció diferencias esenciales en cuanto a que se iba a pensionar anticipadamente y eso eran condiciones que definitivamente eran diferentes a las que se pudiera ofrecer en el seguro; fue una reunión muy ágil, dado que su argumento fundamental, era que el seguro social se iba a acabar y debía emigrar para un fondo privado, porque ofrecía mayor seguridad. No se acercó al Seguro Social a averiguar si la información era cierta, puesto que era de conocimiento público las condiciones en las que se encontraba para esa época el Seguro Social. Actualmente se encuentra afiliado a Colfondos, pero no tiene información, ni recuerda porque terminé afiliado allí. Quiere retornar a Colpensiones, porque en el año 2018 le dijeron que no se podía pensionar anticipadamente y el capital con el que cuenta tampoco se lo permitiría, capital que desconocía que debía tener. No le explicaron características del régimen, ventajas o desventajas, bono pensional, el carácter heredable de la pensión, ni del derecho de retracto. No ha realizado aportes voluntarios, ni sabía que se podían hacer.

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 a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

En consecuencia, resulta evidente que 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).

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

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 Colfondos S.A., administradora a la que se encuentra actualmente afiliado el accionante, deberá devolver 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 tanto, la sentencia se modificará en este aparte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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

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.

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 CSJ SL373-2021 entre otras.

Sin costas en este grado jurisdiccional.

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 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de junio de 2023, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, 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 a que haya lugar 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. Asimismo, **CONDENAR** a 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 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: 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 lo demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



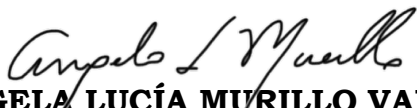
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

002 2019 00422 01

Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 001 2021 00372 01
DEMANDANTE: MARIA CRISTINA SARMIENTO MORALES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones, Colfondos y Porvenir, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de septiembre de 2023. 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 efectuado a través de Protección S.A., y las posteriores realizadas a través de Colfondos y Porvenir. En consecuencia, se ordenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento, con destino a Colpensiones y; a esta última, a recibirlos y activar su afiliación, sin solución de continuidad. Así mismo, se condene a los fondos al pago de las costas procesales y a lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que inició sus aportes al sistema régimen de prima media. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A., el 2 de mayo de 1997. Posteriormente, continuó haciendo aportes al ISS hoy Colpensiones, entre mayo de 2000 y marzo de 2004; afiliándose a la AFP Colfondos en mayo de esa anualidad y, realizó traslado horizontal a Porvenir en abril de 2013. Aduce que para su traslado inicial, la AFP no le explicó de forma clara y comparada las diferencias y características entre regímenes, ventajas y desventajas, requisitos para obtener la pensión, ni sobre la cuenta de ahorro individual, rendimientos, o descuentos por cuota de administración y seguros previsionales, factores que influyen para la determinación de la mesada o, sobre la prohibición de retornar al RPM en razón de la edad y; en general, la AFP no le brindó información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias del traslado. Manifiesta que, según proyección pensional realizada por Porvenir, recibirá una mesada pensional de \$908.526.20, siendo su IBL de \$2.344.064, por lo que en Colpensiones, equivaldría aproximadamente a \$1.610.606. En marzo de 2021, solicitó a las demandadas la ineficacia de su traslado al RAIS, sin obtener respuesta de parte de Colfondos y, respuesta negativa de parte de las demás accionadas (archivo 01, fls.1 a 13).

Al dar contestación, **Colpensiones** se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió las cotizaciones de la demandante al ISS y la petición elevada. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la afiliación de la demandante al RAIS, se realizó con plena voluntad, suscribiendo los formularios para efectuarlo, voluntad que se vio ratificada por más de 25 años en que ha realizado cotizaciones a ese régimen; la accionante que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. Aduce que no es válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de

información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado y; que sobre la afiliada también recaía su deber de información (archivo 08 fls.3 a 30).

La **AFP Porvenir S.A.**, rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la afiliación de la actora a esta AFP, la proyección pensional efectuada, la solicitud de ineficacia del traslado y su respectiva respuesta. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. 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 expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; que la demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; que durante su vinculación como afiliada de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (archivo 09 fls.2 a 29).

Por su parte, la **AFP Protección** se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió el traslado de la accionante a esta AFP, la petición elevada con su respectiva respuesta. Frente a los demás hechos manifestó 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, 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 y, las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la

normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM y, por el contrario, se vinculó a otra administradora de fondos de pensiones privadas (archivo 10 fls.3 a 24).

La **AFP Colfondos** se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la afiliación de la demandante con esta AFP y, manifestó no constarle o no ser ciertos los demás hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de 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 declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea de la demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, la actora no es beneficiaria del régimen de transición (archivo 12 fls.3 a 18).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 12 de septiembre de 2023 (archivo 23), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la parte demandante señora María Cristina Sarmiento Morales identificada con C.C. No. 51.735.219, a través del fondo administrado por las sociedades demandadas Protección S.A., Colfondos S.A. y Porvenir S.A., teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES autorizar el traslado de la parte demandante señora María Cristina Sarmiento Morales identificada con C.C. No. 51.735.219, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a la Protección S.A., Colfondos S.A. y Porvenir S.A, trasladar con destino a la Colpensiones los aportes efectuados por la demandante de condiciones civiles indicadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de

invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado a cada una de las administradoras de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: DECLARAR no probadas todas las excepciones formuladas por las demandadas conforme a lo expuesto en la parte, motiva esta decisión.

SEXTO: Se condena en costas a las demandadas vencidas en esta primera instancia, las cuales serán debidamente tasadas por la Secretaría del Despacho conforme a lo dispuesto en el artículo 365 del CGP aplicable por la integración normativa en virtud del artículo 145 del CPTSS.

Como sustento de su decisión, señaló que las AFP demandadas no demostraron haber cumplido con su deber de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, entre ellas la pérdida del régimen de transición, siendo que el formulario de afiliación acredita el consentimiento del trabajador, pero no que fuese informado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones, Colfondos y Porvenir, recurrieron la sentencia.

Colpensiones manifestó que la declaración de ineficacia del traslado conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de la entidad; si bien es cierto, existe un criterio jurisprudencial, debe analizarse cada caso en particular. Sobre la demandante también recaía su deber de informarse, de acuerdo con el Decreto 2241 de 2010, sin que se encuentre disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos. Tampoco hizo uso de los derechos de retracto y rescisión. Con la decisión se afecta la sostenibilidad financiera del sistema por cuanto afecta el patrimonio público, toda vez que tendría que pagarse una pensión a la parte demandante que no financió las pensiones del régimen de prima media y su propio ahorro no

será suficiente para financiar su propia pensión, vulnerando los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social en pensiones. Igualmente, reprocha la condena en costas por cuanto la entidad no intervino en la decisión de la demandante de trasladarse al RAIS y su oposición a las pretensiones ha sido con fundamento en las normas jurídicas.

Por su parte, **Colfondos S.A.** solicita se revoque la condena de retornar los gastos de administración y seguros previsionales, dado que fue gracias a sus manejos que se generaron los altos rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual. Así mismo, debe aplicarse lo concerniente a la teoría de las restituciones mutuas, teniendo en cuenta que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad. Los seguros previsionales no son administrados por Colfondos, toda vez que se contrata una póliza de aseguramiento por medio de una aseguradora, para una previsión de los seguros de invalidez y sobrevivencia, motivo por el cual nunca han estado administrados dentro de las arcas de la AFP, generando un perjuicio económico a la entidad y un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante, en cabeza de Colpensiones, toda vez que se está beneficiando de un trabajo que realizó el fondo privado. Reprocha la indexación, toda vez que, con los rendimientos, se ha compensado la dicha pérdida del valor adquisitivo.

Porvenir S.A., aduce que es válido el traslado de la demandante al RAIS, así como el traslado horizontal, que se realizó sin presiones, de manera informada y de conformidad con la normativa vigente para su momento; aunado a que las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información, deber que recaía sobre ella como consumidor financiero. En relación con los rendimientos, señala que los recursos que se deberían remitir son los que corresponden a las reservas que hubiera generado en el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones y no los que se venían generando en el RAIS. En caso contrario, y por efecto de las restituciones mutuas, deben reconocerse los gastos en que se incurrió para administrar el pago de estos recursos, esto es, comisión de administración y las primas

de seguros previsionales. Reprocha la condena de indexación de los valores, en la medida en que con la devolución de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

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 demandante.

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 de la 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

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de febrero de 1986 (archivo 08, fl.224 a 228); migró al RAIS a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación el 2 de mayo de 1997 (archivo 10 fl.25 y 26); posteriormente, cambió de manera horizontal a la AFP Colfondos S.A., el 29 de abril de 2004 (archivo 12, fl.19 y 20) y, finalmente se trasladó a Porvenir el 18 de febrero de 2013 (archivo 09, fls.30 y 61).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en mayo de 1997 se afilió al entonces fondo privado Colmena, hoy Protección, cuando trabajaba para la empresa Intersoplástico Ltda, llegó una persona de Colmena y les informó que el Instituto del Seguro Social se iba a liquidar, que tenía muchos problemas y que muy seguramente la plata que tenían allá la iban a perder y, cometió el error de firmar el documento; firmó de forma libre en ese momento, sin consultar, sin preguntar, sin

haberse asesorado. No le indicaron que se abriría una cuenta de ahorro individual, ni lo que pasaría con lo que ya había cotizado al ISS, o qué pasaba en caso de que muriera. Se trasladó a otros fondos privados porque la empresa cambió de razón social y ello conllevó a cambios como que tenían todos que estar en un mismo seguro. Para sus traslados no tuvo acompañamiento de algún asesor comercial, el formulario de vinculación se lo entregó la persona de recursos humanos de la compañía, quien les dijo que iban a cambiar de seguridad, de pensión y de todo y los hicieron firmar ese documento. A Porvenir se trasladó en el año 2013, porque la empresa decidió buscar otro fondo y la persona de la empresa que manejaba esa parte los reunió y les dijo los beneficios que tenía Porvenir, tales como que cuando salieran pensionados se iban a liquidar los 10 últimos años y, que podían tener e incluir beneficiarios; le llenaron el formulario y ella firmó; fue una reunión de 5 a 10 minutos. Solamente le dijeron que el Seguro Social se iba a terminar, que iban a perder sus ahorros y, que la empresa tenía que cuidarse en salud y cuidar los beneficios de los trabajadores, que les colaboraban inclusive llenando los formularios.

Quiere retornar a Colpensiones porque cuando estuvo en los fondos no fueron claros con ella, en cómo iba a salir pensionada, los beneficios que tenía y, después de tanto tiempo se dio cuenta que saldría con una pensión mínima. Cuando quiso retornar, por edad no la recibieron. En mayo del año 2000 cotizó al Seguro Social porque la empresa le hizo esos aportes así. Nunca ha solicitado asesoría alguna respecto de los traslados efectuados.

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 a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

En consecuencia, resulta evidente que Colmena, hoy Protección 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).

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

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 Porvenir S.A., administradora a la que se encuentra actualmente afiliada la accionante, deberá devolver 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 tanto, la sentencia se confirmará en este aparte, pero se adicionará en el sentido de indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP 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 el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en este aspecto, pues no pueden incluirse los valores que ya fueron trasladados a otra AFP por cotizaciones, rendimientos. 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).

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.

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. Por lo tanto, la sentencia se confirmará en este aparte.

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, autorizar el traslado de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haberse trasladado al RAIS.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de septiembre de 2023, 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 a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar 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. Asimismo, **CONDENAR** a 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 estuvo vinculada a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
001 2021 00372 01
con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 018 2021 00281 01
DEMANDANTE: LUZ MARGARITA ESPINOSA MESA
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de junio de 2023. Igualmente, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, entidad de la cual es garante la Nación.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que fue retirada de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero el 27 de junio de 1999, por liquidación de la entidad, sin haber cumplido la edad de 50 años y con 20 años de servicio, causando su derecho pensional en esa fecha, por virtud del parágrafo 1 del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente 1.998 – 1.999, mucho antes de la vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, por lo que tiene derecho a la mesada adicional de junio o, mesada catorce, desde que cumplió la edad para disfrutar el derecho pensional convencional, esto es, el 20 de abril de 2006. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer, liquidar y pagar, debidamente indexada, la mesada catorce o mesada adicional de junio, causada desde abril de 2006, hasta cuando sea incluida en nómina y; las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que laboró en la entonces Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por más de 20 años, en calidad de trabajadora oficial, hasta el 27 de junio de 1999, fecha en que la empleadora dio por terminado su contrato de trabajo, sin haber cumplido la edad de 50 años; por lo que adquirió el derecho de la pensión convencional en esa data, haciéndose exigible una vez cumplió los 50 años, esto es, el 20 de abril de 2006. Que la Caja Agraria, emitió Resolución No. 04554 de 22 de mayo de 2006, por medio de la cual le reconoció la pensión de jubilación convencional a partir del 20 de abril de 2006, en cuantía inicial de \$1'109.971,31, equivalente al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, reconociendo y ordenando el pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce; por Resolución RDP 047533 de 17 de noviembre de 2015, actualiza el salario base, elevando la cuantía inicial a \$1'718.914,66. Finalmente, manifiesta que agotó la reclamación administrativa (archivo 01, fls.5 a 17).

Al dar respuesta a la demanda, la UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el tiempo de servicio de la demandante a la Caja Agraria, los actos administrativos de reconocimiento y actualización de la prestación y, el agotamiento de la reclamación administrativa. Manifestó que no le constan o no son ciertos los restantes. Propuso la excepción previa de cosa juzgada y, las de fondo de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe y las demás declarables de oficio. Argumentó en su defensa que el Acto Legislativo 01 de 2005 impide el reconocimiento de la mesada reclamada, por cuanto su mesada pensional es superior a tres salarios mínimos (archivo08, fls.3 a 7).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 30 de junio de 2023 (archivo20), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP a reconocer y pagar la mesada catorce de la pensión de jubilación convencional de la señora LUZ MARGARITA ESPINOSA MESA, a partir del 20 de abril de 2006, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. El valor del retroactivo pensional causado entre el 2017 al 2023,

asciende a la suma de \$22.004.553,12; valor que deberá ser indexado a la fecha del pago.

SEGUNDO: DECLARAR no probados los supuestos de hecho que soportan las excepciones de inexistencia de la obligación y cosa juzgada y parcialmente probados los supuestos de hecho que soportan la excepción de prescripción, formuladas por la demandada, por lo expuesto en parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada al pago de las costas del proceso. TASENSE incluyendo como agencias en derecho la suma de DOS MILLONES DE PESOS \$2.000.000.

CUARTO: CONSULTAR esta sentencia ante el tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá– Sala de Decisión Laboral

Como sustento de su decisión, señaló que, acorde a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la pensión de jubilación de la demandante se causó una vez se produjo el retiro de la entidad, el 27 de junio de 1999, por lo que le son aplicables las normas vigentes para esa fecha y, tiene derecho al pago de la mesada adicional deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, al argumentar que la demandante no cumple con los requisitos del Acto legislativo 01 de 2005, que modificó la Ley 100 de 1993, para el reconocimiento de la mesada 14, pues su status pensional lo fue el 20 de abril de 2006 y su mesada pensional es superior a 3 salarios mínimos. Reprocha la condena en costas en atención a que el CGP establece que solo habrá lugar a ellas cuando aparezca comprobada su causación en el expediente, aunado a que la entidad ha actuado bajo los postulados de buena fe y diligencia probada.

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.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si la actora tiene derecho a que la pensión de jubilación convencional que disfruta le sea otorgada a razón de 14 mesadas al año.

Para dilucidar dicho problema jurídico, está demostrado que: **i)** la promotora del juicio prestó sus servicios personales a la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 19 de julio de 1976 hasta el 27 de junio de 1999, y **ii)** la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en liquidación, mediante Resolución 04554 del 22 de mayo de 2006, le reconoció pensión de jubilación convencional a partir del 20 de abril de 2006, en cuantía inicial de \$1'109.971,31 y, por Acto Administrativo RDP 047533 de 17 de noviembre de 2015, actualizó la mesada inicial en la suma de \$1'718.914,66 (archivo01, fls.19 a 22 y 23 a 29).

Frente a la mesada adicional reclamada, se advierte que de conformidad con el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 *“Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994”*.

El Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso en el inciso 8º de su artículo 1º que *“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”*. Asimismo, la referida enmienda constitucional regula en el párrafo transitorio 6º que se exceptúan de lo establecido en el inciso 8º, las personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto si la prestación se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.

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 al amparo de la cual fue reconocida la prestación al actor señala¹:

“ARTÍCULO 41º. PENSIÓN DE JUBILACION. 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.

¹ Archivo 01DemandaAnexos, fls.62 a 63.

Frente a dicha cláusula convencional, 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 que la accionante prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 19 de julio de 1976 hasta el 27 de junio de 1999 esto es, por más de 20 años². Ahora, como quiera que nació el 20 de abril de 1956, alcanzó la edad de 50 años el mismo día y mes del año 2006³. En consecuencia, la promotora del juicio causó el derecho a la pensión el 27 de junio de 1999 y por tanto tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional implorada como acertadamente concluyó la Juez de primer grado.

Prescripción

En el asunto bajo examen operó el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que el derecho se hizo exigible el 20 de abril de 2006, y, la demandante reclamó ante la entidad por primera vez el reconocimiento de la mesada el 20 de noviembre de 2019 (archivo 01, fls.31 a 34), 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 21 de junio de 2021 (archivo 02ActaReparto). En consecuencia, las mesadas causadas con anterioridad al 20 de noviembre de 2016, se encuentran prescritas, como acertadamente concluyó la primera instancia.

Indexación

Bajo el entendido que la promotora del juicio no está llamada a sufrir las consecuencias negativas de la depreciación del dinero por el paso del tiempo, la demandada deberá cancelar debidamente indexadas las

² Archivo 01, fls.19 a 22

³ Archivo 01, fl.18 copia de la cédula de ciudadanía

mesadas pensionales, desde que cada una de ellas se hizo exigible hasta que concurra con el pago de la obligación, como dispuso el juzgado.

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 del 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 (CSJ SL2376- 2018). Y así se indicará en la parte resolutive de esta sentencia.

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, 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
20/04/2006	31/12/2006		\$ 1.718.914,66
1/01/2007	31/12/2007	4,48%	\$ 1.795.922,04
1/01/2008	31/12/2008	5,69%	\$ 1.898.110,00
1/01/2009	31/12/2009	7,67%	\$ 2.043.695,04
1/01/2010	31/12/2010	2,00%	\$ 2.084.568,94
1/01/2011	31/12/2011	3,17%	\$ 2.150.649,77
1/01/2012	31/12/2012	3,73%	\$ 2.230.869,01
1/01/2013	31/12/2013	2,44%	\$ 2.285.302,21
1/01/2014	31/12/2014	1,94%	\$ 2.329.637,08
1/01/2015	31/12/2015	3,66%	\$ 2.414.901,79
1/01/2016	31/12/2016	6,77%	\$ 2.578.390,65
1/01/2017	31/12/2017	5,75%	\$ 2.726.648,11
1/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 2.838.168,02
1/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 2.928.421,76
1/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 3.039.701,79
1/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 3.088.640,98
1/01/2022	31/12/2022	5,62%	\$ 3.262.222,61
1/01/2023	31/12/2023	13,12%	\$ 3.690.226,21

Costas de primera instancia

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a la demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - 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, la entidad resultó derrotada. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó a la UGPP a 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 confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en el grado de jurisdicción, ni en la apelación.

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 Cuarenta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de junio de 2023, únicamente en el sentido de indicar que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP deberá cancelar a la demandante el retroactivo pensional correspondiente a las mesadas adicionales de junio causadas a partir del 20 de noviembre de 2016, las que deberán ser indexadas desde su causación hasta que se verifique el pago de la obligación; sumas sobre las cuales, la entidad se encuentra autorizada a deducir los aportes al sistema de seguridad social en salud de la demandante. Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes valores:

2017	5,75%	\$ 2.726.648,11
2018	4,09%	\$ 2.838.168,02
2019	3,18%	\$ 2.928.421,76
2020	3,80%	\$ 3.039.701,79
2021	1,61%	\$ 3.088.640,98
2022	5,62%	\$ 3.262.222,61
2023	13,12%	\$ 3.690.226,21

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
018 2021 00281 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 007 2020 00485 01
DEMANDANTE: ILMA AZUCENA BONILLA BOTIA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de septiembre de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, que siempre ha permanecido afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en Colpensiones. En consecuencia, se ordené a la AFP a trasladar los aportes, rendimientos, frutos, intereses y bono pensional, si hubiere lugar. Asimismo, se condene a las demandadas al pago de costas y; lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 1° de enero de 1961. Cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, entre el 29 de julio de 1986 y el 10 de agosto de 1999, un total de 433 semanas. El 30 de agosto de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir, cotizando 999 semanas, para un

total de 1.432 semanas. Aduce que al momento del traslado no se le brindó una información completa, integral, veraz y transparente sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, las consecuencias del traslado de régimen y la forma en que impactaría su mesada pensional. En respuesta a petición, la AFP señala que su pensión ascendería a \$1'358.800 y, que no cuentan con ningún soporte de la asesoría brindada al momento de la afiliación. Solicitó la nulidad o ineficacia del traslado, sin obtener respuesta de Porvenir y, obteniendo respuesta negativa por parte de Colpensiones; quedando agotada la reclamación administrativa (archivo 01, fls.66 a 81).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, las cotizaciones al ISS, la solicitud de nulidad o ineficacia del traslado, la respuesta negativa y el agotamiento de la reclamación administrativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no hizo uso del derecho de retracto y; que no se configuró vicio del consentimiento (archivo 11, fls.3 a 41).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó las peticiones elevadas por la accionante y sus respectivas respuestas. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. Propuso la excepción previa de falta de competencia y las de mérito de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de

pensiones Porvenir se efectuó de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; que la demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; que durante su vinculación como afiliado de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (archivo 08, fls.3 a 24).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 12 de septiembre de 2023 (archivo 23), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional que realizó la demandante ILMA AZUCENA BONILLA BOTIA, identificada con la cedula de ciudadanía No. 49.735.083 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de los Seguros Sociales hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A el 30 de agosto de 1999, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a aceptar el traslado de los dineros que efectúe la AFP PORVENIR S.A para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, conforme a lo considerado en la parte motiva, así como los demás medios exceptivos dadas las resultas del proceso.

QUINTO: CONDENAR en costas junto con agencias en derecho a COLPENSIONES y Porvenir S.A, las cuales se tasan en la presente diligencia en la suma de 1 SMLMV que deberán pagar las demandadas a prorrata en favor de la demandante.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES, consúltese con el H. Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

Como sustento de su decisión, señaló que no aparece acreditado que al momento de traslado la AFP hubiera brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara, sobre los efectos del traslado, concluyendo que se configuró una vulneración del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en su validez.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A., reprocha la condena aduciendo que, si bien existe un precedente jurisprudencial, el mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos, pues debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que no se presenta en este asunto, cuando con el interrogatorio de parte, la demandante acepta que se le dio una asesoría y se le brindó información donde se le explicaron las características que son propias del régimen de ahorro individual. La demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional de manera voluntaria, sin presiones informada, todo esto de conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado. La afiliada debía actuar con una mediana diligencia, lo cual suponía por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando. Asimismo, el actuar de la AFP siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales al momento del traslado de régimen. En su defecto, el fondo solamente debería estar obligado a entregar a Colpensiones los rendimientos que habría obtenido la demandante de haber continuado afiliada a este régimen pensional; así como tampoco es procedente restituir las sumas que pagó por conceptos de primas de seguros previsionales, por cuanto ya no se encuentran en su poder, sino en terceros que los

recibieron de buena fe, en virtud del contrato de seguros. Finalmente, no es viable la indexación, toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo que haya podido tener la moneda durante la afiliación de la demandante y pues en este caso se estaría condenando doblemente.

Por su parte Colpensiones solicita revocar la condena en costas y agencias en derecho, en razón a que ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal y nada tuvo que ver con la decisión que tomó el demandante en trasladarse de régimen, por lo cual una decisión autónoma de libre y voluntaria no puede cargar impositivamente a esta demandada. Asimismo, debe tenerse en cuenta el artículo 48 de la Constitución Política, que contempla que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella, pues en el caso de Colpensiones, no cuenta con rubros destinados al pago de costas y agencias en derecho; aunado a que se debe tener en cuenta el artículo 365 del Código General 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, 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 demandante.

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la demandante estuvo afiliada y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 29 de julio de 1986 al 31 de agosto de 1999 (12HistoriaLaboral); fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., a través de formulario de vinculación del 30 de agosto de 1999 (archivo 08, fls.25 y 43).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que por el año 1999 los convocaron a través de Recursos Humanos de la empresa en la que trabajaba en ese momento, donde estaban los asesores de Porvenir y éstos les comentaron que el Seguro Social se iba a acabar, por lo que pensó en dónde iba a quedar su pensión y quien le iba a responder. No tuvo información directa. Cuando se percató que podía volver a Colpensiones ya tenía como 52 años y le dijeron que ya no podía. Acepta que leyó el formulario de afiliación, los datos generales para afiliarse, pues era un formulario muy general de los datos personales; pero fue la asesora de Porvenir quien lo diligenció, ella le iba preguntando los datos firmó. Sobre el bono pensional, en la misma reunión general les dijeron que ellos se encargaban de hacer todo el trámite, pero no le explicaron qué era. No le dijeron nada del derecho de retrato, ni lo leyó; tampoco sobre el régimen de transición, ni aportes voluntarios. Les dijeron que Porvenir era una entidad financiera y que tenía unos rendimientos, había unas tasas de interés; que allá tenía una cuenta, y entendió que tenía un buen respaldo financiero. Se trasladó al RAIS porque no quería perder su pensión, pero no era consciente ni cómo iba a ser su pensión al final, como se la iban a liquidar. Cuando se estaba acercando la edad pensional, se acercó a Porvenir y fue cuando le explicaron cómo sería su pensión, pero no la ha solicitado. Inició este proceso por la parte económica, se decepcionó mucho cuando le hicieron la liquidación de lo que podría ser su pensión. Manifiesta que no fue coaccionada para firmar la afiliación, sino más bien persuadida por la situación de que el Seguro Social se iba a acabar. Antes de cumplir los 52 años, la AFP no le informó que podría retornar a Colpensiones.

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 a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

En consecuencia, resulta evidente que la 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, la AFP Porvenir 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 ello, la sentencia se confirmará en este aspecto, pero se adicionará para indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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.

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

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 sin solución de continuidad como afiliado al demandante desde su afiliación inicial al ISS.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia.

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

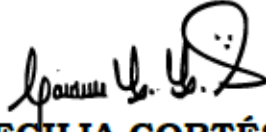
PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de septiembre de 2023, en el sentido de indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: 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 lo demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



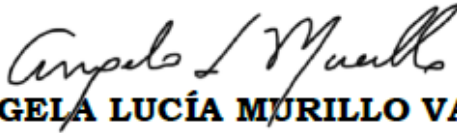
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto

007 2020 00485 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 038 2021 00596 01
DEMANDANTE: LUZ DARY AGUDELO REY
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de julio de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad e ineficacia del traslado y afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Invertir hoy Porvenir. En consecuencia, se ordené a la AFP a devolver todos los aportes cotizados con sus rendimientos a Colpensiones, y a esta activar su afiliación sin solución de continuidad. Asimismo, se condene a lo ultra extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 28 de enero de 1968. Empezó a cotizar al Instituto de Seguros Sociales el 31 de marzo de 1969. Para mayo de 1994 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Invertir- Organismo Cooperativo, hoy Porvenir S.A. Aduce que no se realizó proyección de la mesada pensional, que su pensión sería superior y que el ISS se terminaría lo cual generaría dificultades en sus derechos pensionales; sin recibir información veraz,

completa y suficiente sobre las implicaciones y consecuencias del traslado; tampoco se le notificó sobre la prohibición de traslado faltándole 10 años para cumplir la edad de pensión. En octubre de 2021 solicitó la nulidad e ineficacia del traslado, obteniendo respuesta negativa. La AFP Porvenir le calculó un IBC de \$2.358.274, lo que en el RPM arrojaría una mesada pensional de \$1.532.879 (archivo 01 fls.5 a 21).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, las cotizaciones al ISS, la petición elevada y la respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la afiliación de la demandante al RAIS, se realizó con plena voluntad, suscribiendo los formularios para efectuarlo, voluntad que se vio ratificada por más de 27 años en que ha realizado cotizaciones a ese régimen; la accionante que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. Aduce que no es válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado y; que sobre la afiliada también recaía su deber de información (archivo 10 fls.2 a 25).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la solicitud de nulidad de traslado y su respectiva respuesta. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. 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 expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de

afiliación; que la demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; que durante su vinculación como afiliada de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (archivo 09 fls.2 a 28).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 27 de julio de 2023 (archivo 20), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por la señora LUZ DARY AGUDELO REY con destino INVERTIR – ORGANISMO COOPERATIVO, hoy AFP PORVENIR S.A. con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 05 DE MAYO DE 1994. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a reactivar la afiliación de la accionante en el RPMPD administrado por COLPENSIONES y a reintegrarle a dicho régimen los recursos percibidos por cuenta de la demandante con destino al RAIS durante el tiempo en que permaneció vinculada irregularmente a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia, resaltándose que, para cumplir con estas gestiones, se les concede a las accionadas un término de treinta (30) días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, siendo pertinente señalar que, el pago de recursos indexados se podrá hacer, tomando para el efecto, el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, y solo en el caso de ser insuficientes se pagarán los saldos que estén insolutos con cargo a recursos propios de la AFP PORVENIR S.A, sin lugar a deducción de valor alguno. Lo anterior, en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia. Ahora bien, de subsistir saldos, luego de estas operaciones, en la cuenta de ahorro individual del demandante, los mismos deberán ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional.

TERCERO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, respecto de las determinaciones adoptadas.

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor de la demandante. Sin Costas a cargo de COLPENSIONES.

QUINTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.

Como sustento de su decisión, arguyó que conforme al criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha resaltado el deber de las AFP de suministrar información objetiva comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes así como de las consecuencias

jurídicas del traslado, carga de la prueba que corre por cuenta de la AFP, quien no acreditó haberla cumplido.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas recurrieron la sentencia.

La AFP Porvenir S.A. arguyó que sobre la demandante recaía el deber de informarse sobre las consecuencias de su traslado. La AFP ha actuado de buena fe, cumpliendo con la normatividad vigente para la época en que se efectuó el traslado; siendo la decisión de la demandante de manera voluntaria, sin presiones, ni apremios, debidamente informada lo que se constata con la suscripción del formulario de afiliación. Deben aplicarse las restituciones mutuas, pues los rendimientos no serían los mismos de haber permanecido en el RPM. Así mismo, los seguros previsionales ya no se encuentran en su poder pues fueron pagados en su momento a la respectiva aseguradora por mandato legal. Reprocha la indexación bajo el argumento que con los rendimientos se compensa la depreciación monetaria. Finalmente solicita se revoque la condena en costas.

Colpensiones manifestó que la carga de la prueba de desvirtuar la buena fe de la AFP estaba en cabeza de la demandante, sobre quien recaía también el deber de información como consumidor, contrario a ello, ratifica la intención de mantenerse en el RAIS, al no hacer traslado por tantos años.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el

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

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es

recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 31 de marzo de 1989 hasta el 7 de febrero de 1993 (archivo 10, fls.51 a 52); fecha a partir de la cual, migró al RAIS, a través de la AFP Invertir – Organismo Cooperativo, hoy Porvenir, mediante la suscripción de formulario de vinculación del 5 de mayo de 1994 (archivo 09, fls.29 y 80).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para el año 1994, llegaron a su lugar de trabajo asesores de Invertir, quienes le indicaron que en el fondo privado tendría más beneficios que en el Seguro Social, que quedaría con mejor pensión; no leyó el formulario por cuanto se encontraba laborando; no fue obligada a firmarlo; no le explicaron acerca de la cuenta individual, ha recibido extractos, no ha hecho aportes voluntarios. Quiere retornar a Colpensiones por cuanto se enteró que su pensión sería más alta, por lo que se siente engañada y, se enteró de esto cuando ya estaba en la prohibición de trasladarse por la edad. Nunca recibió reasesoría y no buscó retornar antes por cuanto se sentía tranquila con la información recibida 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 a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

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

Por ello, la Sala modificara la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación, para declarar la del traslado, 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, la AFP Porvenir 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 adicionará 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).

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 la demandante no está llamada a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

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

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Porvenir 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, trasladar los recursos de la cuenta individual de la demandante a Colpensiones.

Sin 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 Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de julio de 2023, 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 **SEGUNDO** de la sentencia revisada, el cual quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a 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 a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima; 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.

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

QUINTO: Sin **COSTAS** en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



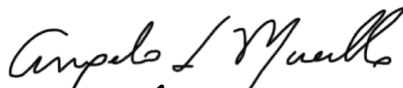
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 037 2020 00484 01
DEMANDANTE: MIYER ALONSO CRUZ GARZÓN
DEMANDADO: INDUSTRIAS GCC S.A.S. y PEDRO EMILIO PRIETO GARZÓN.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, con los demandados, vigente del 11 de abril de 2000 al 17 de junio de 2020, devengando un último salario de \$1'335.000. En consecuencia, se condene a los demandados al reconocimiento y pago de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones; aportes en seguridad social en pensiones y, caja de compensación familiar; a las sanciones por no consignación de cesantías e intereses en un fondo; a la moratoria del artículo 65 del CST; la indemnización por despido injustificado; la sanción moratoria por los aportes no consignados a seguridad social; los intereses moratorios e indexación; 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 celebró contrato verbal de trabajo a término indefinido con el señor Prieto Garzón Pedro Emilio, en calidad de empleador; conservando todas las características laborales y

contractuales. Pasado el tiempo, siendo el mismo empleador, se constituyó como Industrias GCC SAS, siendo el señor Prieto Garzón, el creador y único accionista de la empresa; para la que laboró del 11 de abril de 2000 al 17 de junio de 2020, desempeñó el cargo de “ayudante de soldadura” y, devengando inicialmente un salario mensual \$750.000, incrementado anualmente, ascendiendo para la fecha de terminación del contrato, a la suma de \$1'335.000.

Aduce que, los demandados, al dar por terminado el contrato laboral, no pagaron debidamente la liquidación, adeudándosele las acreencias reclamadas, por todo el tiempo de la relación laboral; no le realizó los pagos correspondientes a Seguridad Social Integral (salud, pensión, riesgos profesionales) y pagos parafiscales (SENA, ICBF y Caja de Compensación Familiar) y; el despido fue injustificado, sin que se le pagara indemnización por dicho concepto (fls.4 a 15, 04SubsanacionDemanda).

Al dar respuesta a la demanda, la parte convocada a juicio se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó que el señor Prieto Garzón es el creador y único accionista de la empresa Industrias GCC SAS, que el demandante prestó sus servicios para la empresa como ayudante de soldadura y; negó los demás. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la causa, prescripción, inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, configuración de la sustitución patronal, inexistencia de responsabilidad solidaria por parte de del señor Pedro Emilio Prieto, buena fe, pago parcial, compensación. Para enervar las pretensiones de la demanda adujo que, con el demandante se acordaron contratos laborales, primero a término fijo con el señor Pedro Emilio Prieto hasta finales del año 2013 y, posteriormente, fue contratado mediante contratos por obra o labor a través de la empresa Industrias GCC SAS. Que la responsabilidad solidaria se predica únicamente sobre los socios o dueños de las sociedades de personas, lo que excluye a las sociedades por acciones o de capital. De otra parte, los derechos laborales contemplados por el Código Sustantivo del Trabajo prescriben a los tres años de haberse causado (09.ContestaciónDemanda).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de noviembre de 2021, resolvió (13.ActaAudiencia)¹:

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor MIYER ALONSO CRUZ GARZÓN y la empresa demandada INDUSTRIAS GCC SAS., corresponde declarar la existencia de sendos contratos de trabajo, en un primer periodo en aplicación del principio de la primacía de la realidad bajo la modalidad indefinida desde el 11 de abril del año 2000 hasta el 4 de enero de 2011; con posterioridad, DECLARAR la existencia de sendos contratos de trabajo a término fijo, siendo el último celebrado desde el 2 de enero del año 2013, prorrogado hasta el 17 de junio de 2020, devengando un SMLMV para cada época, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la empresa demandada INDUSTRIAS GCC S.A.S. a reconocer y pagar a favor del demandante, los siguientes conceptos:

- A) La suma de \$5.350.592 por concepto de auxilio de cesantías.
- B) La suma de \$621.765 por concepto de intereses sobre las cesantías.
- C) La suma de \$2.782.795 por concepto de prima de servicios.
- D) La suma de \$1.740.913 por concepto de vacaciones, cifra que deberá ser pagada de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha del pago efectivo.
- E) Por concepto de indemnización moratoria la suma de \$29.260 diarios, calculados desde el día 17 de junio del año 2020 hasta cuando se realice el pago efectivo de la obligación por concepto de auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías y prima de servicios.
- F) A reconocer a favor del demandante, el pago del cálculo actuarial por los aportes con destino al sistema general en pensiones causados desde el 11 de abril del año 2000 hasta el 31 de diciembre del año 2007, para tal efecto deberá tener en cuenta un IBC que corresponde a 1 SMMLV, obligación de hacer para lo cual se le concede al demandante a partir de la ejecutoria de esta sentencia un término de 15 días hábiles para que informe a qué fondo de pensiones se encuentra afiliado, una vez se obtenga dicha información se le concederá a la demandada un término de 15 días hábiles para que solicite el cálculo actuarial ante la entidad y una vez se obtenga se le otorga un plazo igual para que realice el pago efectivo de la obligación. Tema que opera de manera solidaria respecto del demandado como persona natural señor PEDRO EMILIO PRIETO GARZÓN en los términos del artículo 69 del CST.
- G) A reconocer y pagar a favor del demandante, los aportes en mora causados durante todo el año 2014 con destino al sistema general de pensiones, para lo cual deberá solicitar la liquidación ante la administradora de fondo de pensiones a la cual esté afiliado el demandante, como obligación de hacer, para lo cual, se le concederá un término de 15 días para solicitar la respectiva liquidación contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, y una vez se obtenga dicho valor deberá proceder al pago de la obligación pertinente.

TERCERA: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción por los derechos causados con anterioridad al 23 de octubre de 2017, por las razones ya expuestas. Con excepción del auxilio de cesantías en los términos indicados y el pago de aportes con destino al sistema de seguridad social en pensiones. Las demás excepciones propuestas se declaran no probadas de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

¹ <https://playback.lifeseize.com/#/publicvideo/585a7126-8f97-4633-8e70-d4431df745aa?vcpubtoken=2a0177ab-3ca2-472d-ab8c-fe3c09715f67>

CUARTO: ABSOLVER a la demandada INDUSTRIAS GCC SAS. Y al demandado como persona natural de las demás pretensiones invocados en su contra, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

QUINTO: COSTAS a cargo de la empresa demandada INDUSTRIAS GCC SAS. y a favor del demandante, para tal efecto fijó como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

Como sustento de su decisión, encontró probada la existencia de sendos contratos de trabajo entre el demandante y la parte demandada, primero con la persona natural mediante contrato a término indefinido y, posteriormente, con la sociedad a través de contratos de trabajo a término fijo; operando la sustitución empresarial en los términos del artículo 67 del CST, a partir de la fecha de creación de la SAS; empero, operó la prescripción sobre los derechos causados con anterioridad al 23 de octubre de 2017. Al no encontrar acreditado el pago de las prestaciones sociales, además de incurrir en la prohibición expresa del artículo 254 del CST y, no respetar los periodos de exigibilidad de los conceptos adeudados, consideró procedente la imposición de la indemnización moratoria.

Encontró que Pedro Emilio Prieto Garzón, no es solidariamente responsable, bajo el entendido de que la responsabilidad de que trata el artículo 36 del CST solo se predica de la sociedad por acciones, más no de las sociedades anónimas simplificadas como la empresa demandada; salvo respecto de la condena del cálculo actuarial, que deberá pagarse como obligación de hacer por el periodo correspondiente entre el 11 de abril de 2000 al 31 de diciembre de 2007 a la luz de lo dispuesto por el artículo 69 ibídem, habiendo operado la sustitución patronal.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes la parte demandada, reprocha lo atinente a la solidaridad que se adjudica a la persona natural Pedro Emilio Prieto Garzón, aduciendo que, al configurarse la sustitución patronal, el responsable por todo el tiempo de la relación laboral, desde el año 2000 hasta el final, debería ser Industrias GCC SAS. De otra parte, solicita que opere el principio de buena fe, toda vez que el demandado hizo los pagos

pertinentes y respecto de cada una de sus liquidaciones por cada uno de los contratos, dinero que fue recibido a satisfacción del demandante.

IV. CONSIDERACIONES

El *a quo* encontró demostrado, sin que fuera objeto de reproche que, “...en el presente proceso sí hay lugar a declarar la sustitución empresarial en los términos del artículo 67 del CST y siguientes, bajo el entendido que, al entrar a operar la empresa en la fecha anteriormente indicada (*16 de julio de 2013*) se produjo el cambio de empleador”; y en tal sentido encontró “que entre el señor Miyer Alonso Cruz Garzón y la empresa demandada Industrias GCC SAS., corresponde declarar la existencia de sendos contratos de trabajo, en un primer periodo en aplicación del principio de la primacía de la realidad bajo la modalidad indefinida desde el 11 de abril del año 2000 hasta el 4 de enero de 2011; con posterioridad, declarar la existencia de sendos contratos de trabajo a término fijo, siendo el último celebrado desde el 2 de enero del año 2013, prorrogado hasta el 17 de junio de 2020, devengando un SMLMV para cada época”. Situación que, al no haber sido apelada, se encuentra al margen de la discusión en esta instancia; por lo que 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.

i) De la responsabilidad solidaria de Pedro Emilio Prieto Garzón

Reprocha la parte demandada recurrente, la solidaridad que se adjudica a la persona natural Pedro Emilio Prieto Garzón, que fue declarada exclusivamente respecto de la condena del cálculo actuarial por los aportes pensionales, con destino al sistema general en pensiones, causados desde el 11 de abril del año 2000 hasta el 31 de diciembre del año 2007.

Sobre el particular, dispone el artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo, que:

ARTICULO 69. RESPONSABILIDAD DE LOS EMPLEADORES.

1. El antiguo y el nuevo empleador responden solidariamente las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél, pero si el nuevo empleador las satisficiera, puede repetir contra el antiguo.

2. El nuevo empleador responde de las obligaciones que surjan con posterioridad a la sustitución.

3. En los casos de jubilación, cuyo derecho haya nacido con anterioridad a la sustitución, las pensiones mensuales que sean exigibles con posterioridad a esa sustitución deben ser cubiertas por el nuevo empleador, pero éste puede repetir contra el antiguo.

(...)”.

Negrillas de la Sala.

De acuerdo a lo anterior, es clara la norma en indicar que, para casos como el que ocupa ahora la atención de la Sala, en donde se encuentra que ocurre la sustitución patronal, tanto el primer empleador, como el que lo sustituye, deben responder de manera solidaria por las acreencias que se hayan causado durante la vigencia de la relación laboral con el contratante inicial.

Así lo ha explicado también, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de indicar que el cálculo actuarial, correspondiente a los periodos anteriores a la sustitución patronal, es exigible al antiguo empleador y al nuevo, en tanto el artículo 69 del CST, regula la responsabilidad solidaria en estos eventos. En este sentido, en sentencia SL 3633 del 28 de julio de 2021, reiterada en la SL 636-2023, indicó:

En este asunto se estableció la existencia de un *derecho consolidado* en cabeza del actor, que nació con anterioridad a la sustitución, durante el tiempo en que prestó sus servicios al antiguo empleador, exigible una vez se consolida su expectativa de una pensión de vejez, en vigencia del sistema pensional consagrado en la Ley 100 de 1993, que además es requerido para el reconocimiento y pago de la prestación pensional, esto es, para que se consolide efectivamente la mencionada expectativa.

Ha razonado la Sala en otros asuntos, que la sustitución de empleadores cubija por excepción a aquellos trabajadores que no se encuentran activos en la fecha en la que opera la misma, pero cuentan con un derecho pensional nacido con anterioridad y posteriormente exigible (CSJ SL9445-2015); tales consideraciones se adaptan a circunstancias como la que aquí se debate, aunque con fuente normativa distinta, en tanto que, pese a no encontrarse activo el trabajador para la fecha de sustitución, en el tiempo anterior en el que prestó sus servicios consolidó un derecho en su favor, que a la sustitución, o con posterioridad a ella, es exigible al antiguo empleador, por el que, conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del art. 69 del CST, deben responder ambos solidariamente, aquel y el nuevo, y si este satisface la obligación, puede repetir contra el antiguo.

En consideración de la Sala, el derecho al pago del valor del cálculo actuarial se encuentra estrechamente ligado al derecho pensional, por cuanto permite su obtención, o en veces, define las condiciones de su reconocimiento, que como ya se estableció, se encuentra a cargo del empleador, o de quien lo sustituya, por los periodos en los que no se efectuaron aportes en pensión al ISS, en los que también a su cargo se encontraban las respectivas prestaciones.

Lo anterior, en los términos de la jurisprudencia aducida, respecto de la obligación de pago del cálculo actuarial, como un derecho del trabajador que le permite la consecución del derecho pensional, guarda consonancia con la vocación del Sistema de Seguridad Social y la obligación de los empleadores de aprovisionar el capital necesario para garantizar el acceso de los trabajadores a la pensión, teniendo en cuenta el trabajo realizado y la protección integral requerida.

Bajo las anteriores precisiones normativas y jurisprudenciales, son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, exigibles a la fecha en que opere la sustitución patronal, el antiguo y el nuevo empleador; y en ese orden de ideas, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia sobre ese aspecto.

ii) De la buena fe del demandado

Arguye la parte demandada que debe operar el principio de buena fe, toda vez que hizo los pagos pertinentes y respecto de cada una de sus liquidaciones por cada uno de los contratos, dinero que fue recibido a satisfacción del demandante, quien firmó y acreditó dichos pagos.

Frente a este punto, sea precisar que la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo no cubra al trabajador los salarios y prestaciones sociales, o que no haya realizado la consignación anual de las cesantías en el fondo correspondiente; de allí que la misma procede cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En ese sentido, ha decantado la jurisprudencia laboral que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento asumido por el empleador en su condición de deudor moroso; y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los

argumentos expuestos por la defensa son razonables y aceptables, al punto que pueda considerarse un comportamiento de buena fe (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529, CSJ SL8216-2016 y CSJ SL3936-2018).

Paralelamente, ha puntualizado la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, que el juez laboral no puede asumir reglas absolutas ni esquemas preestablecidos en el momento de analizar la procedencia de dicha indemnización o de justificar la mora, dado que es su deber examinar las condiciones particulares de cada caso y con arreglo a ellas definir lo pertinente. Es decir que, además de que la sanción por mora no puede imponerse de manera automática e inexorablemente, tampoco puede excluirse o excusarse de manera mecánica, ante la presencia de ciertos supuestos de hecho, como es el caso en el que se discute la naturaleza jurídica del contrato de trabajo (CSJ SL 39695, 2 ago. 2011; CSJ 44218, 27 nov. 2012 y CSJ SL8077-2015, reiteradas en CSJ SL16884-2016, CSJ SL3936-2018 y SL2873-2020).

Pues bien, en el presente asunto, considera la Sala que aun cuando al proceso fueron allegados documentos denominados “*certificación de salarios y prestaciones*” (fls.35 a 151), suscritos por el trabajador, según planillas de pago catorcenales en las cuales se indica incluir los pagos citados, revisadas las susodichas planillas denominadas “*registro de pago de salarios*”, no se observa de ellas nada más allá del pago salarial, concluyéndose que la inclusión en el documento por el que pretendió dejarse una constancia de paz y salvo por concepto de prestaciones sociales, que se le hacían firmar al trabajador, solo fue una maniobra para evitar el cobro futuro de tales conceptos, asistiéndole razón al juez de primera instancia, en cuanto concluyó procedente la sanción del artículo 65 del CST, por no lograr verificarse el pago de cesantías, intereses a las cesantías y primas de servicios, en los términos ordenados por la ley sustancial.

Así las cosas, resulta claro para la Colegiatura que la actuación de la demandada, en manera alguna puede ser considerada de buena fe, dado que no solo no pagó las prestaciones sociales derivadas del vínculo laboral a la terminación del contrato al amparo de razones válidas y demostrables,

sino que además, quiso crear paz y salvos de esos conceptos sin que fueren ciertos; por lo que se confirmará la procedencia de la sanción moratoria ordenada prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como acertadamente lo concluyó el *A quo*.

De conformidad con las anteriores consideraciones, analizados los argumentos de apelación, la Sala confirmará en su integridad la sentencia de primer grado. No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 036 2021 00281 01
DEMANDANTE: AMPARO GALLO ORTIZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDO DE PENSIONES Y CENSANTÍAS PORVENIR
S. A

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de agosto de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a través de la AFP Porvenir y Colfondos S.A. En consecuencia, se condene a las AFP demandadas a trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual que hubieren recibido a título de cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, a Colpensiones y; a ésta, a aceptarla y recibirla como afiliada; asimismo, se condene a las enjuiciadas en costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que ingresó a laborar al servicio del Departamento del Tolima – Secretaria de Agricultura, desde el 07 de julio de 1993, estando afiliada y cotizando al régimen de prima

media, a través de la Caja de Previsión Departamental. Aduce que asesores de Porvenir le manifestaron que era obligatorio que los servidores públicos se vincularan al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin ofrecerle información completa y veraz; no se le realizó asesoría matemática ni financiera, ni contó con información suficiente para tomar una decisión voluntaria y libre. Posteriormente por motivos de trabajo y cambio de empresa se trasladó a Colfondos S.A., administradora que tampoco le ofreció información alguna para tomar esa decisión de manera consciente, libre y voluntaria. Cotizó al régimen de prima media 103 semanas y a Porvenir 116 semanas. En octubre de 2019 solicitó a Colpensiones que la recibiera, obteniendo respuesta negativa (archivo 03).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la solicitud elevada por la demandante y su respuesta negativa y; manifestó no constarle los demás hechos. Formuló las excepciones de mérito que denominó: inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, 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, aplicabilidad de la Sentencia SL 373 de 2021 y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a las AFP; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y, no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y; que no se configuró vicio del consentimiento (archivo 10 y 18).

La AFP Porvenir S.A., rechazó las peticiones del escrito inaugural. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos. Propuso las excepciones de mérito de prescripción, prescripción de la acción de

nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; que la demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; que durante su vinculación como afiliada de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (archivo 14 fls.1 a 24).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Manifestó que hechos no son ciertos o no le constan. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de 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 declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea de la demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, la actora no es beneficiaria del régimen de transición (archivo 34, fls.01 a 19).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 14 de agosto de 2023 (archivo 47), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por AMPARO GALLO ORTIZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 28 de junio de 1995, a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, a normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los

rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas. Así como, el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante durante la vigencia de la afiliación de este con dicha AFP, por concepto de gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas a la fecha de su pago.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a las tres convocadas a juicio. Liquidense como agencias en derecho con la suma de un \$1.000.000 a cargo a cada una de las mismas.

SEPTIMO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de COLPENSIONES, según las reglas del artículo 69 del C.P.T. y de la S.S

Como sustento de su decisión, señaló que las AFP no demostraron por ningún medio probatorio, haber cumplido con su obligación legal de suministrarle a la actora la información necesaria para que existiera transparencia en su decisión de traslado, carga probatoria que le incumbía y que no se agota con la suscripción del formulario de afiliación, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones, Porvenir y Colfondos, recurrieron la sentencia.

La demandada Colpensiones manifestó que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, 1º de abril de 1994, la demandante no se encontraba afiliada al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones y en consecuencia, pues no es posible declarar la ineficacia del traslado, siendo Colpensiones tercero de buena fe. La demandante se encuentra en una prohibición legal de traslado en razón de la edad. No existió vicio en el consentimiento al momento de suscribir el formulario de afiliación. Con el traslado se afecta el principio de sostenibilidad financiera, pues permitir que una persona que cuenta con la edad para pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario al

concepto constitucional de equidad contemplado en el artículo 95 de la Constitución Política. De confirmarse la sentencia, debe condicionarse su cumplimiento a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, indexadas por todo el período que permaneció afiliada a los fondos privados.

Por su parte, Porvenir S.A. considera que se cumplió con el deber de la carga de la prueba, teniendo en cuenta que el único requisito que se requería para los fondos de pensiones era dejar como constancia de la asesoría brindada, el formulario de vinculación. La demandante tenía todas las capacidades legales para informarse acerca de las consecuencias del acto de traslado y no lo hizo, siendo también su deber como consumidor financiero. Reprocha la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, pues se estaría generando un doble pago a Colpensiones; además que no se puede pasar desapercibida la buena gestión que realizó la AFP durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante, que generó la rentabilidad, a su vez, también se encontraba obligada a suscribir una póliza con una aseguradora en caso de invalidez o muerte y, el hecho de que no se haya activado no implica que se retornen esos rubros Colpensiones, dado que se generaría un enriquecimiento sin causa y, precisamente los rendimientos compensan la pérdida adquisitiva de la moneda. Finalmente, los gastos de administración y seguro previsional no hacen parte de la cuenta individual y sobre ellos recae el fenómeno de la prescripción.

Por último, Colfondos S.A. manifestó que los rendimientos generados durante el periodo que administró los aportes de la actora, fueron superiores a los que se hubieren podido generar en el RPM, por lo que una condena en ese sentido, sería desconocer el principio de congruencia de la sentencia con las pretensiones de la demanda, una violación al derecho a la defensa y debido proceso, y para Colpensiones implicaría un enriquecimiento sin justa causa.

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 demandante.

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 de la 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

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de la Caja de Previsión Social del Tolima desde el 07 de julio de 1993 hasta el 30 de junio de 1995 (archivo 08, fls.1 a 4); fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir mediante suscripción de formulario de vinculación, el 28 de junio de 1995 (archivo 14, fl.26 y 33); y posteriormente, se trasladó de manera horizontal a la AFP Colfondos, el 15 de octubre de 1997 (archivo 36, fl.2).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la fecha de su traslado trabajaba en la Gobernación del Tolima, cotizando a pensión a la Caja de Previsión Departamental; les informaron que la Caja se iba acabar y que tenían que trasladarse a un fondo de pensiones; Porvenir fue a la Gobernación presentando de manera general la información de sus servicios y que debían pasarse a esta AFP; la asesoría duró aproximadamente media hora, era una charla a 400 empleados y no les dieron asesoría personalizada; no le explicaron qué era un cuenta de ahorro individual, ni de rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades de pensión, la manera en que se calculaba el monto de la pensión en el RAIS, las pólizas de aseguramiento, su derecho de retracto, qué pasaría si llegaba a fallecer o que pasaría con los dineros que había

cotizados en el fondo. Respecto al formulario de afiliación, aduce que lo diligenció directamente. Posteriormente, se trasladó de fondo porque Colfondos llegó a la Gobernación a ofrecer sus servicios y les comentaron que los rendimientos financieros que iban a generar eran la mejor opción y ella estaba mirando su bienestar, pero no tuvo ninguna asesoría particular, no le explicaron cuanto iba a ganar o proyección alguna frente a ello. Actualmente no se encuentra pensionada. Quiere regresar a Colpensiones porque muchos colegas que estaban en la misma situación de ella, cuando fueron a pensionarse, se dieron cuenta que lo que les habían dicho no era realidad y empezaron su proceso de demanda. Frente a los mecanismos para solicitar peticiones no tenía claridad que podía presentarlos, ni que podría volver a Colpensiones antes de cumplir los 47 años.

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 a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

En consecuencia, resulta evidente que 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).

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

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 Colfondos S.A. administradora 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). En consecuencia, la sentencia será confirmada en este aspecto, pero se adicionará en el sentido de indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de

los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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

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 la demandante no está llamada a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

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.

Sin 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 los numerales SEGUNDO y TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de agosto de 2023, en el sentido de indicar que, 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 **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 en lo demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



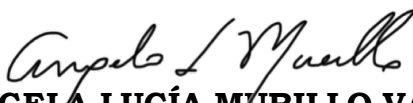
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto
036 2021 00281 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 036 2019 00637 01
DEMANDANTE: ELENA MOLINA ROJAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CENSANTÍAS PORVENIR S.A. y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de julio de 2023. 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 efectuada a través de la AFP Porvenir. En consecuencia, se ordene su regreso automático a Colpensiones y, se condene a las AFP demandadas a trasladar a ésta la totalidad de aportes por cotizaciones, rendimientos, intereses, bono y gastos de administración, debidamente indexados; asimismo, se condene a lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 2 de marzo de 1968. Estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de Cajanal, hoy UGPP. El 14 de diciembre de 1994, un asesor

comercial de Colfondos, se acercó y procedió a darle una charla superficial de los fondos privados como administradores del régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS, fecha en la cual, sin la información debida y bajo el supuesto que los fondos públicos iban a desaparecer, se trasladó al RAIS a través de ésta AFP; posteriormente, el 21 de marzo de 2000, cambió a Horizonte, hoy Porvenir. Presentó sendas solicitudes para retornar al régimen de prima media, obteniendo respuesta negativa (archivo 01, fls.1 a 12).

Al dar contestación, la **UGPP** se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la actora, su afiliación al régimen de prima media a través de Cajanal, hoy UGPP y; manifestó no constarle los demás hechos. Formuló la excepción previa y/o mixta de falta de legitimación en la causa por pasiva – inexistencia de obligación en cabeza de UGPP y, las de mérito improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, falta de legitimación en la causa por pasiva – inexistencia de obligación en cabeza de UGPP, improcedencia de condena en costas, prescripción y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera libre, voluntaria, consciente y sin coacción el formulario de afiliación a las AFP; que como consumidor financiero también tenía la obligación de informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de Pensiones; la UGPP no intervino en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y la AFP; la accionante está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y, no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; aunado a que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (archivo 01, fls.86 a 102 (contestación inicial) y, archivo 08, fls.27 a 52 (subsanción)).

Por su parte, **Colpensiones** rechazó las pretensiones en su contra. En cuanto a los hechos aceptó la solicitud elevada por la accionante y su respuesta negativa y; manifestó no constarle o no ser ciertos los demás.

Formuló las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, compensación, prescripción, inoponibilidad por ser tercero de buena fe y, las demás declarables de oficio. En su defensa adujo que la accionante nunca estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones, lo que no hace procedente su retorno al RPM. Además, se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a las AFP; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y, no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 (archivo 01, fls.122 a 135).

La **AFP Porvenir S.A.**, se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación y la vinculación a varias administradoras de fondos de pensiones privadas; además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición (archivo 22 fls.2 a 24).

Por último, **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, rechazó las peticiones del escrito inaugural. Manifestó que hechos no son ciertos o no le constan. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de 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 declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y

espontánea de la demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, la actora no es beneficiaria del régimen de transición (archivo 17, fls.4 a 18).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 24 de julio de 2023 (archivo 31), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por ELENA MOLINA ROJAS del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 14 de diciembre de 1994, a través de COLFONDOS.

SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados SIAFP y trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deben ser debidamente indexadas al momento de su pago. Igualmente, deberá entregar el archivo y el detalle de los aportes realizados por la demandante durante la permanencia en el RAIS. Debe precisarse que dicha medida cubija tanto el periodo de permanencia con HORIZONTE como el que directamente estuvo con Porvenir.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante durante la vigencia de la afiliación con dicha AFP, por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de mérito propuesta por la UGPP, de inexistencia de la obligación frente a la misma.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a Colpensiones, Colfondos y Porvenir. Liquidense como agencias en derecho la suma de un \$1.000.000 a cargo a cada una de las mismas.

SEPTIMO: CONSÚLTESE la presente sentencia a favor de COLPENSIONES, según las reglas del artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

Como sustento de su decisión, señaló que las AFP no demostraron por ningún medio probatorio, haber cumplido con su obligación legal de suministrarle a la actora la información necesaria para que existiera transparencia en su decisión de traslado, carga probatoria que le incumbía

y que no se agota con la suscripción del formulario de afiliación, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones, Porvenir y Colfondos, recurrieron la sentencia.

La demandada Colpensiones manifestó que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, 1º de abril de 1994, la demandante no se encontraba afiliada al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones y, en consecuencia, pues no es posible declarar la ineficacia del traslado, siendo Colpensiones tercero de buena fe. La demandante se encuentra en una prohibición legal de traslado en razón de la edad. No existió vicio en el consentimiento al momento de suscribir el formulario de afiliación. Con el traslado se afecta el principio de sostenibilidad financiera, pues permitir que una persona que cuenta con la edad para pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario al principio constitucional de equidad contemplado en la Constitución Política. De confirmarse la sentencia, debe condicionarse su cumplimiento a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, indexadas por todo el período que permaneció afiliada a los fondos privados. Finalmente, solicita se revoque la condena en costas, toda vez que la entidad no participó en el acto que se presume ineficaz.

Por su parte, Porvenir S.A. reprocha la orden de los valores a retornar, toda vez que el traslado de régimen pensional se adelantó con terceros ajenos a esta AFP, aunado a que fue una decisión libre y voluntaria y, dado el carácter del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, los únicos valores a retornar son los concernientes a aportes y rendimientos; sin que exista razón legal para la devolución de gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, ya que son porcentajes que se causaron como consecuencia de la excelente administración de la AFP, por lo que se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones. Asimismo, los gastos de administración y seguros

previsionales no hacen parte de la cuenta individual y sobre ellos recae la prescripción. La parte actora durante la vigencia de la vinculación, obtuvo las coberturas de las contingencias de invalidez y sobrevivencia, es decir, que se encuentran causados y no hay razón para generar su devolución, pues los dineros fueron trasladados a terceros de buena fe. En lo que respecta a la indexación, ello implica una doble condena, pues los rendimientos compensan la pérdida adquisitiva de la moneda.

Por último, Colfondos S.A. manifestó que los descuentos que se hacen sobre la totalidad del aporte que realizan los afiliados es precisamente para cubrir los gastos de administración, garantizando el rendimiento financiero correspondiente dentro de las cuentas y, que ya fueron trasladados, entonces a Horizonte, hoy Porvenir. Respecto de los seguros previsionales, que son unos contratos autónomos e independientes que pretenden cubrir las contingencias relacionadas con la invalidez y sobrevivencia en circunstancias que en cualquier momento se pueden presentar, por lo que se considera injusto que se ordene su devolución, cuando están cumpliendo con la protección correspondiente. En lo referente a la indexación, precisamente los rendimientos financieros que se generan en las cuentas de ahorro individual de los afiliados compensan la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

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 demandante.

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 de la 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

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de la Caja Nacional de Previsión Social desde el 12 de abril de 1993 hasta el 31 de diciembre de 1994 (archivo 01, fls.45); fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos mediante suscripción de formulario de vinculación, del 14 de diciembre de 1994 (archivo 03, fl.51); y posteriormente, se trasladó de manera horizontal a la AFP Horizonte, hoy Porvenir, el 21 de marzo de 2000 (archivo 22, fls.69 y 71).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la época de su traslado se encontraba trabajando como oficial mayor en el Juzgado 65 Penal Municipal, llegó allí un asesor y les comentó sobre el tema del régimen de traslado; no le explicó qué era una cuenta de ahorro individual, sobre los rendimientos financieros, aportes voluntarios, diferentes modalidades para pensionarse o sobre derecho de retracto. La única información que recibió fue que era mejor cambiarse de régimen porque los fondos públicos iban a desaparecer y perdería lo que había aportado sin que nadie le respondiera. Diligenció y firmó el formulario de afiliación a Colfondos. Quiere retornar a Colpensiones porque desconocía absolutamente todo sobre el tema de los fondos privados y nadie se lo explicó, solo ahora que se lo ha explicado su abogado y ha advertido que es mejor estar en un fondo público y no en uno privado, teniendo en cuenta desde el tiempo en que está vinculada haciendo aportes. El traslado con Horizonte lo hizo la Dirección Ejecutiva de administración judicial. Recibe extractos, pero no los entiende. No ha radicado alguna queja o inconformidad y, no sabe lo que sucedería con los valores que ha cotizado en el fondo privado en caso de que llegare a fallecer. Nunca ha recibido asesoría ni menos reasesoría pensional.

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 a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

En consecuencia, resulta evidente que 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).

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

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 Porvenir S.A. administradora 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). En consecuencia, la sentencia será confirmada en este aspecto, pero se adicionará en el sentido de indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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 el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, en la sentencia se confirmará en este aspecto, pero se adicionará para indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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 la demandante no está llamada a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

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.

Cumple precisar que, la Ley 100 de 1993 en su artículo 52 asignó al Instituto de los Seguros Sociales, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social, nacionales y territoriales. Asimismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistieran sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley.

Ahora, el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE, en cuyo artículo 4, se dispuso el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguros Sociales ISS, dentro del mes siguiente a su vigencia; en consecuencia, el traslado se hizo efectivo en el mes de julio de 2009. Al tenor de los preceptos reseñados, aun cuando la demandante antes de cambiarse al régimen de ahorro individual con solidaridad no había realizado aportes al Instituto de Seguros Sociales, ello no es óbice para que

en virtud de la ineficacia pueda ordenarse su retorno al régimen de prima media administrado por Colpensiones, al ser esta la entidad que, por virtud de la ley, recibió a los afiliados de la extinta Cajanal a la cual venía cotizando la accionante.

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 derrotadas, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó recibir a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia.

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 los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de julio de 2023, en el sentido de indicar que, 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: 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 en lo demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 034 2021 00332 01
DEMANDANTE: JESUS EDUARDO BERMUDEZ ALARCON
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de agosto de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. En consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. devolver todos los valores que hubiese recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus rendimientos e intereses, a Colpensiones y, a ésta, a continuar con su afiliación en el Régimen de Prima Media. Asimismo, se condene a las demandadas a la indexación, lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. De manera repentina resultó afiliado a la AFP Porvenir S.A., sin su consentimiento; lo que se evidencia en el formulario de traslado con la incongruencia respecto a su firma. Mediante certificación del 16 de abril de 2019, la AFP indicó que el accionante no se encontraba afiliado a dicho fondo; a su vez, Colpensiones mediante oficio

del 10 de septiembre de 2019, indicó que trabajaría en conjunto con la AFP para solucionar las inconsistencias presentadas en la afiliación. Mediante oficio del 10 de julio de 2020 Colpensiones le manifestó que se encontraba afiliado a la AFP Porvenir y a su vez, que dicho traslado fue anulado por falsedad en documento de afiliación. Aduce que presentó denuncia ante la Fiscalía general de la Nación el 22 de marzo de 2021, la cual fue archivada el 26 de marzo siguiente. Solicitó a Colpensiones activar su afiliación y el reconocimiento de su pensión de vejez, pero le fue negada bajo el argumento que la anulación solo se puede dar por parte de autoridad judicial competente. Manifiesta que nunca ha recibido una asesoría por parte de Porvenir, ya que nunca escogió ese fondo pensional. Actualmente cuenta con más de 1828 semanas cotizadas; cumpliendo con la edad y tiempo para adquirir su derecho pensional (archivo02, fls.7 a 17).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió que el demandante cotizó al Sistema Pensional en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el oficio mediante el que se le indicó que trabajaría en conjunto con Porvenir para solucionar las inconsistencias de su afiliación, la solicitud de activación de la afiliación y pensión de vejez y, su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el accionante está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y no es beneficiario del régimen de transición. Que no puede tener como afiliado al régimen de prima media, como tampoco aceptar la declaratoria de nulidad de la afiliación realizada por la AFP, toda vez que la misma se llevó a cabo sin tener en cuenta a Colpensiones y la facultad para determinar y declarar la falsedad de la firma contenida en el formulario de afiliación solo puede ser declarada por la autoridad judicial competente; por lo que se encuentra válidamente afiliado al RAIS. El actor no hizo uso

del derecho de retracto y; no se configuró vicio del consentimiento (archivo 07 fls.3 a 40).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que el demandante nunca realizó traslado a la AFP Porvenir, debido a la anulación de dicha afiliación (archivo 06 fls.2 a 18).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 16 de agosto de 2023 (expediente digital, archivo 16), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por JESUS EDUARDO BERMUDEZ ALARCON el 28 de noviembre de 2003, entre el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de su afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante JESUS EDUARDO BERMUDEZ ALARCON como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descontar valores por concepto de cuotas de administración o prima de seguros previsionales.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, con motivo de la afiliación de JESUS EDUARDO BERMUDEZ ALARCON, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a la demandada SOCIEDAD AFP PORVENIR S.A., liquidense por secretaría incluyendo la suma de 1SMLMV por concepto de agencias en derecho, que se pagará en favor del señor Jesús Eduardo Bermúdez Alarcón.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente providencia, remítase en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.L.

Como sustento de su decisión, señaló que no quedó de ninguna manera demostrado por parte de la AFP demandada, la manifestación libre y voluntaria del demandante en su intención de escoger el régimen de

ahorro individual para administrar sus recursos pensionales; por el contrario, se puede colegir la absoluta omisión a los deberes de información por parte de la sociedad, quien además se allanó a la anulación unilateral del formulario de afiliación, disponiendo la anulación del acto de traslado o de afiliación; sin embargo, omitió adelantar el trámite correspondiente ante Colpensiones, quien advirtió que se verificó de manera inconsulta y por lo tanto se ha negado de manera reiterada a aceptar el traslado de los recursos y la activación de la afiliación del demandante.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones manifestó que no se logró determinar el delito de falsedad personal, pues la denuncia fue archivada conforme al artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, por tanto, sin poderse verificar si el demandante firmó o no el formulario de afiliación.

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 la validez del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual del actor, llevado a cabo en el año 2003.

Sea lo primero 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.

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 nulidad del acto jurídico

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor se afilió y cotizó como dependiente al Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de mayo de 1980 (archivo 07 fls. 63 a 75).

Mediante formulario de afiliación a Porvenir S.A., diligenciado el 2 de diciembre de 2003, se efectuó un traslado a nombre del accionante, al régimen de ahorro individual con solidaridad (archivo 02 fl.19). No obstante, aduce que la suscripción de dicho formulario de vinculación no fue realizada por él, y que desconoce la firma que parece en el documento como suya.

Por lo anterior, el 14 de marzo de 2006, el demandante solicitó a Porvenir S.A. la anulación de esa afiliación por haber sido tramitada sin su consentimiento y sin su firma; frente a lo cual, la AFP mediante comunicación del 09 de agosto de 2020, le informó¹:

De manera atenta, damos respuesta a su requerimiento radicado ante la Superintendencia Financiera de Colombia, del cual recibimos traslado, en los siguientes términos:

- ✓ Mediante comunicación de fecha 14 de marzo de 2006 y número de radicado 0190121011926000, usted informó a esta administradora, no haber suscrito ningún formulario de afiliación al fondo de pensiones obligatorias administrado por Porvenir S.A.
- ✓ En respuesta a su comunicación, esta administradora le solicito allegar copia legible de su documento de identidad, con el propósito de realizar un estudio técnico grafológico.

¹ Archivo 06: 06ContestaciónPorvenir, fl.86 a 90

- ✓ Como resultado del mencionado estudio, se encontraron “discrepancias de diseño, movimientos generadores de los trazos, extensión, desplazamiento, y ubicación en el espacio gráfico concluyendo que la signatura que suscribe el formulario de afiliación referido no se identifica con la firma autógrafa del titular”.

La situación descrita llevo a esta administradora a dejar sin efecto la solicitud de vinculación número 10531423 de 28 de noviembre de 2003, al carecer de uno de los elementos esenciales del contrato de afiliación como lo es el “consentimiento” o manifestación de la voluntad de seleccionar fondo o régimen de pensiones, la cual se entiende prestada con la firma del formulario de afiliación.

Así entonces, se procedió a reportar dentro del sistema de pensiones SIAFP, la causal de anulación por fraude, así como a realizar el traslado de los aportes pensionales a la Administradora de Pensiones COLPENSIONES, con el fin que esa entidad procediera a la reactivación de su afiliación, agotando de esta manera las gestiones administrativas tendientes a normalizar su situación dentro del Sistema de Pensiones.

(...)

Por su parte, Colpensiones en comunicaciones de fecha 10 de julio de 2020² y 26 de mayo de 2021³, dirigidas al demandante, le indica que validado el sistema, figura válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS en cabeza de la AFP Porvenir; que dicho traslado fue anulado por la AFP, pero se ejecutó por parte de dicha entidad de manera inconsulta a Colpensiones, cuando dichas anulaciones que se presentan en los eventos en que el formulario ostenta irregularidades que llevan a suponer la falsedad en la información en el contenida, puntualmente su firma, es necesario realizar el trámite legal de denuncia ante la Fiscalía General de la Nación. Que por tal razón, la anulación ejecutada por parte de la AFP no es válida para Colpensiones, teniendo en cuenta que solo puede ser declarada por la autoridad judicial competente, en consecuencia de lo cual, ante la argüida falsificación de la firma en el contrato de afiliación, le exige interponer la denuncia de falsificación en documento (público o privado) ante la Fiscalía General de la Nación con el fin de determinar la veracidad o falsedad del documento, de conformidad con lo establecido en el Título IX Capítulo III de la Ley 599 de 2000 y, que una vez la autoridad se pronuncie sobre el asunto, podrá solicitar la anulación del traslado allegando copia del fallo emitido. Asimismo, le

² Archivo 02Demanda, fl.25 a26

³ 08ExpedienteAdministrativo//CC-14255803//DF01-SRPA-2021_7310463-20210701105929

aclara que no resulta suficiente con la denuncia efectuada, toda vez que la mismo se encuentra en estado archivado por conducta atípica.

De folios 31 a 47 del archivo 02Demanda, aparece la orden de archivo de la Fiscalía General de la Nación respecto de la denuncia instaurada por el accionante, por no existir información determinante que oriente a la posible ocurrencia del delito y no contar con los elementos que estructuran el delito, concluyéndose que la conducta se torna atípica.

Al rendir interrogatorio de parte, el demandante manifestó que en el 2019 fue a solicitar una planilla de cotización en Colpensiones y ahí se dio cuenta que estaba trasladado a Porvenir desde el 2003, no sabe porqué, pues él nunca solicitó ese traslado. Pasó unas cartas a Porvenir, preguntando por qué lo habían pasado y le contestaron que lo habían trasladado, pero no sabe quién, en el formulario aparece una firma que desconoce y desconoció ante la Fiscalía General de la Nación, pero no ha pasado nada. Porvenir le ha contestado que está desafiliado. Actualmente tiene 65 años, está laboralmente activo, devengando \$1'900.000 mensuales; no sabe a cuánto ascendería el monto de su pensión si se queda en el RAIS, pero quiere regresar a Colpensiones porque es donde siempre ha cotizado, no quiere estar en otro fondo porque considera que en 40 años pasarse a otro lado no se justifica. Nadie le ha brindado asesoría acerca de los regímenes de pensión y no sabía que podía realizar su traslado hasta antes de sus 52 años.

Pues bien, de cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala el demandante demostró ante la AFP Porvenir S.A, que el formulario de vinculación del 2 de diciembre de 2003, tenido en cuenta inicialmente para su traslado, no fue suscrito por él y que, en efecto, tampoco medio su autorización para que le hubiesen firmado en su nombre y representación, pues carece de un poder o autorización escrita.

A este respecto, debe recordarse que de conformidad con el artículo 1502 del Código Civil *“para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad”* es necesario, entre otras cosas, *“que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio”*.

Asimismo, consagra que, los vicios de que puede adolecer el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo, esto es, que el consentimiento es uno de los elementos esenciales para la existencia y validez del acto jurídico y de ello depende que la manifestación de voluntad de cada uno de los agentes no se produzca bajo el imperio de coacción física o moral, ni a causa de un error fortuito o provocado por el dolo de otro de los agentes.

Ahora bien, los vicios del consentimiento, error, fuerza y dolo, no surgen en abstracto, sino que deben provenir de hechos que de manera clara afecten el consentimiento de modo que, de no existir ellos, la declaración de la voluntad no se habría emitido; siendo imperioso para quien la alega acreditar su causación y efectos, a fin de dar viabilidad a las pretensiones de la demanda.

En este sentido, en el examine quedó plenamente demostrada la ausencia de consentimiento del demandante respecto del traslado efectuado el 3 de diciembre de 2003, pues como quedó visto, ni siquiera fue él quien plasmó su firma en el formato de vinculación, sin que se acreditara por medio probatorio alguno, que el firmante hubiere contado con autorización expresa del trabajador, siendo la consecuencia de tal falencia, la nulidad del acto jurídico, tal como lo aceptó la misma AFP.

Cumple precisar que no es válido a Colpensiones exigir que se adelante una denuncia con el proceso de investigación ante la Fiscalía General de la Nación para que inicie y se declare judicialmente la falsedad del documento, pues ello sería imponer cargas injustificadas al afiliado, que solo conllevarían a incrementar el perjuicio causado, creando trabas para que acceda a su eventual derecho pensional, pese a haber sido objeto de una falencia del sistema, como lo fue la aprobación del traslado de régimen sin su consentimiento. En este sentido, el artículo 8 del Decreto Ley 19 de 2012, prohíbe exigir actuación judicial y la presentación de la copia de la providencia que ordene el reconocimiento o adjudicación de un derecho, como requisito previo para obtener una decisión administrativa. A su vez, el artículo 36 ibídem, que modificó el artículo 24 de la Ley 962 de 2005, establece la presunción de las firmas de particulares impuestas en

documentos privados, que deban obrar en trámites ante autoridades públicas, hasta tanto la persona de la cual se dice pertenece la firma, la tache de falsa o si mediante métodos tecnológicos debidamente probados se determina la falsedad de la misma.

Nótese que en el presente asunto el afiliado a desconocido la firma que aparece en el formulario de afiliación a Porvenir, desde que tuvo conocimiento de su existencia, situación que, como quedó visto, la misma AFP ha aceptado, quitando todo valor al susodicho documento y procediendo a la invalidez del traslado a este fondo; situación que a simple vista configurara la inexistencia del consentimiento del actor en el acto jurídico del traslado.

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Porvenir S.A. faltó a su deber en la verificación de los requisitos formales para legalizar el traslado, lo que conlleva la nulidad del acto jurídico de traslado y, en consecuencia, el accionante se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, por ello habrá de modificarse la decisión de la *a quo*, en tanto ésta declaró su ineficacia.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado en los casos en los que se declara la ineficacia de un traslado de régimen, 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).

Y aunque este criterio se ha establecido para los casos en que se encuentra procedente la ineficacia del traslado por falta de información, es totalmente aplicable al caso que ahora ocupa la atención de la Sala, si se tiene en cuenta que, al declararse la nulidad del acto, conlleva los mismos

efectos jurídicos que si nunca se hubiere efectuado, razón por la cual, las cosas deben retornar a su estado inicial.

Por tanto, Porvenir S.A., debe 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, así como los gastos de administración y las comisiones; obligación que manifiesta ya ha cumplido, y que se verifica al menos hasta el periodo correspondiente a octubre de 2018, según se verifica con el documento de reporte de semanas cotizadas de Colpensiones del archivo 07, folios 63 a 73, sin que se demuestre ni se haya siquiera manifestado las razones por las cuales registra un traslado a nombre del actor a partir de noviembre de 2019.

En consecuencia, procede ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a actualizar la historia laboral del demandante y adelantar todos los trámites interadministrativos que estime necesarios a los que deberá concurrir Porvenir S.A., en caso de así solicitarlo dicha Administradora del régimen de prima media con prestación definida. 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.

Sin costas en este grado jurisdiccional ni en la consulta.

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 Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de agosto de 2023, que quedará del siguiente tenor: **DECLARAR** la nulidad del acto jurídico de traslado plasmado en el formulario de fecha 2 de diciembre de 2013 y que, en consecuencia, el accionante se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, por cuanto la solicitud de afiliación al RAIS con Porvenir S.A., nunca se materializó, conforme lo aquí expuesto.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia revisada en el sentido de **ORDENAR** a Colpensiones, a actualizar la historia laboral del demandante, para lo cual deberá adelantar todos los trámites interadministrativos que estime necesarios a los que deberá concurrir Porvenir S.A., en caso de así solicitarlo. Asimismo, **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 en lo demás la sentencia de la *a quo*.

CUARTO: Sin **COSTAS** en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Radicación n.º 110013105 034 2021 00332 01.

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
034 2021 00332 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 034 2020 00264 01
DEMANDANTE: YESENIA MANYURI ASCUNTAR NASMUTA
DEMANDADA: OUTSOURCING SERVICIOS INFORMATIVOS S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de octubre de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia de la terminación unilateral del contrato de obra labor suscrito entre las partes, ocurrida el 30 de septiembre de 2018. En consecuencia, se ordene su reintegro en el mismo cargo, o a uno de similares condiciones o mejores; así como al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, desde cuando se realizó el despido ineficaz hasta la fecha en que se reintegre; lo ultra y extra *petita* y, costas del proceso. De manera subsidiaria, solicita el pago de la indemnización por despido sin justa causa equivalente a 180 días de salario, contemplada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que, en virtud de proceso de licitación adelantado por Colombia Compra Eficiente, la UARIV ha otorgado contrato desde el 2015, a las empresas Millenium BPO S.A., Interactivo Contact Center S.A. y, a la demandada, para prestar los servicios de asistencia telefónica y por otros medios tecnológicos; empresas

a las que la demandante prestó sus servicios, mediante contrato de obra o labor, cumpliendo las mismas funciones, así: *i)* del 3 de octubre de 2016 al 31 de octubre de 2017, para Millenium BPO, en el cargo de auditora de calidad, devengado la suma de \$2'413.092; *ii)* del 23 de noviembre de 2017 al 31 de julio de 2018, para Interactivo Contac Center S.A., como analista de control y monitoreo, con asignación mensual de \$2'734.347 y; *iii)* desde el 1º de agosto de 2018, para la empresa demandada, para desempeñarse como Agente Profesional, con asignación mensual de \$2'343.347); siendo la encargada de implementar el proceso de calidad que exigía la UARIV para la demandada, dada su experiencia en las anteriores campañas con las otras empresas mencionadas.

Aduce que, en el contrato suscrito entre las partes, quedó convenido en la cláusula tercera, que la contratación de la trabajadora ha tenido su razón de ser en la atención del proyecto interno para la ejecución del proyecto UARIV, por tanto, su vigencia quedaría sujeta a la del contrato. Sin embargo, el 30 de septiembre de 2018, la demandada le comunicó la terminación de su contrato, sustentada en un supuesto período de prueba y, bajo el argumento de no coincidir sus aptitudes con las expectativas de la compañía para el perfil del cargo desempeñado; decisión que la sorprendió pues, en su decir, era ella la mejor preparada en la empresa; durante la ejecución de los diferentes contratos de trabajo en los que prestó sus servicios a la UARIV por medio de terceras empresas, fue sobresaliente y; su despido no tuvo motivación sobre los aspectos o conductas que representaran falta de aptitudes, conocimientos, experiencia y en general carencia de los requisitos básicos para desempeñar las funciones por las que fue contratada, que justificaran la terminación. El 11 de octubre de 2018 le liquidaron salarios y prestaciones.

Inconforme con la decisión, el 7 de noviembre de 2018, solicitó la indemnización por despido sin justa causa y la remisión de certificación laboral con funciones, de lo que obtuvo respuesta negativa de la sanción y, entrega de los certificados. El 5 de abril de 2019, se realizó audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo, sin llegar a acuerdo alguno. Finalmente, manifiesta que la UARIV suscribió con la demandada,

posteriores órdenes de compra para la prestación de servicios BPO, la última con fecha de terminación el 28 de mayo de 2021 (fls.1 a 10¹).

Al dar contestación, la llamada a juicio se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó el proceso de licitación para prestación de servicios de BPO adjudicada, entre otros a la demandada, las órdenes de compra suscritas con la UARIV, el contrato de trabajo suscrito con la demandante, la modalidad, el cargo, la vigencia pactada, la terminación unilateral, la liquidación de salarios y prestaciones, la petición presentada, su respuesta y, la audiencia de conciliación fracasada. Propuso las excepciones las de inexistencia de la obligación, pago, compensación y prescripción. Para enervar las pretensiones, adujo que, la finalización del contrato, ocurrió al amparo de lo establecido en los artículos 76 a 80 del Código Sustantivo del Trabajo, referentes al periodo de prueba (fls.1 a 33²).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de octubre de 2022, absolvió al demandado de todas las súplicas de la demanda y; gravó en costas a la demandante³.

En lo fundamental, señaló que el único objetivo del periodo de prueba para el empleador es evaluar las aptitudes del trabajador, de manera que solo si no cumple ese objetivo, el trabajador puede ser despedido, es decir, que adicional a las otras justas causas que considera la ley para despedir a un trabajador en el periodo de prueba, se suma la falta de aptitud del trabajador, de manera que el trabajador en periodo de prueba se puede despedir en cualquier momento y sin previo aviso.

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

¹ 01DemandaAnexos

² Carpeta: 11AnexosContestacionDemanda//OUTSOURCING-POL-YMAN-Contestación-92-32.

³ 18GrabaciónArt80

totalmente adversa a las pretensiones de la demandante es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

No fue objeto de debate, la existencia de una relación laboral entre las partes, mediante contrato de trabajo por obra o labor, vigente entre el 1º de agosto y 30 de septiembre de 2018, para desempeñarse como Agente Profesional, en virtud del proyecto interno para la ejecución del proyecto UARIV; así fue aceptado por la enjuiciada al dar contestación a la demanda, además de verificarse con el contrato de trabajo aportado al plenario (Carpeta: 11AnexosContestacionDemanda//OUTSOURCING-POL-YMAN-Prueba6.2.3.-92).

Precisado lo anterior, corresponde a la Sala dilucidar si el empleador, durante el periodo de prueba, estaba facultado para terminar el contrato de trabajo de la demandante.

(i) Del periodo de prueba

De conformidad con los artículos 76 y 77 del Código Sustantivo del Trabajo, el periodo de prueba es aquella *“etapa inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del empleador, apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de éste, la conveniencia de las condiciones del trabajo”*. Además, dispone que debe ser pactado por escrito y en caso contrario, los servicios se entenderán regulados por las normas generales del contrato de trabajo.

Paralelamente, el artículo 78 del referido Estatuto incorpora una regla general para el periodo de prueba, según el cual no puede exceder de dos meses, en los casos de los contratos indefinidos, o de la quinta parte en los que sean fijos, inferiores a un año, impidiendo, en todo caso que, en las relaciones sucesivas, se pueda volver a pactar (artículo 79 CST). Asimismo, el artículo 80 del mismo cuerpo normativo establece que el periodo de prueba: *i. puede darse por terminado unilateralmente en*

cualquier momento, sin previo aviso y ii. que los trabajadores gozan de todas las prestaciones.

Frente al punto, la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el período de prueba es la fase inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto que tanto el empleador como el trabajador puedan verificar las *“recíprocas ventajas o inconvenientes que traiga para ellos el vínculo laboral que han contraído”*. Por ello, una vez perfeccionado dicho acuerdo con las formalidades dispuestas en la ley, y sin evidencia de vicios del consentimiento, es posible la finalización sin previo aviso y sin invocar motivación particular. (CSJ SL, 3 sep. 1980, rad. 7419, reiterada en SL 4103-2018). También tiene adoctrinado que el periodo de prueba debe constar siempre por escrito para derivar de ellas sus consecuencias jurídicas (CSJ SL2600-2018, reiterada en SL2804-2020).

Por su parte, La H. Corte Constitucional al amparo de una interpretación conforme a la Constitución Nacional y las normas internacionales que establecen derechos humanos, tiene adoctrinado que a pesar que el Código Sustantivo del Trabajo permite la terminación del contrato de trabajo sin motivación expresa, esta facultad no es omnímoda al punto de afectar los derechos fundamentales del trabajador. Por ello, ha sentado la regla según la cual tratándose de grupos sociales tradicionalmente excluidos, personas en circunstancia de debilidad manifiesta o aquellas condiciones de trabajadores que puedan enmarcarse en criterios sospechosos de discriminación por razón del sexo, la condición de salud, social, étnica o cualquier otra categoría desarrollada, la terminación unilateral del contrato de trabajo durante la vigencia del periodo de prueba debe estar fundada, a fin de evitar decisiones arbitrarias contrarias a los postulados de la Carta Política, con la comprobación objetiva de la falta de las competencias mínimas para el ejercicio de la labor por parte del trabajador (sentencias T-978 de 2004, T-1097 de 2012 y C-028 de 2019).

Al descender al asunto puesto en consideración de la Sala, se advierte que las partes suscribieron contrato de trabajo por obra o labor con fecha de inicio 1º de agosto de 2018, en el que la actora desempeñaría

las funciones Agente Profesional; en cuya cláusula cuarta pactaron el periodo de prueba en los siguientes términos:

“CUARTA: Las PARTES convienen pactar un período de prueba de Dos (02) meses calendario en los términos de los artículos 76 a 80 del C. S. del T., tiempo durante el cual la EMPLEADORA evaluará la aptitud y actitud del (de la) TRABAJADOR(A) para el desempeño del cargo y éste(a) evaluará las condiciones laborales y contractuales del mismo. En cualquier momento durante este término, cualquiera de ellas podrá dar por terminado el presente contrato sin que se causen para la que lo termina indemnizaciones a su cargo.” (fl.2)⁴.

Mediante comunicación adiada del 30 de septiembre de 2018, la demandada comunicó a la promotora del juicio su decisión de finalizar el vínculo, al señalar:

*“Por medio de la presente me permito comunicarle la decisión de la Compañía de terminar en la fecha el contrato individual de trabajo que la vincula con la misma desde el 01 de **agosto** de 2018, decisión que ha sido tomada al amparo de lo establecido en los artículos 76 a 80 del Código sustantivo del Trabajo y en virtud de que las aptitudes desplegadas durante el período de prueba contractual no coinciden con las expectativas de la Compañía para el perfil del cargo desempeñado.*

La liquidación final de salarios y prestaciones sociales, así como el importe de la misma y los demás documentos inherentes a la terminación del contrato, estarán a su disposición en la oficina ubicada en la calle 31b No 14-26 segundo piso, de la Compañía a partir de 10 días hábiles.”⁵.º 19).

Ahora bien, al absolver interrogatorio de parte el representante legal de la demandada Gustavo Parra Rodríguez, dijo que no se dio continuidad al contrato laboral de la demandante, porque por concepto de la operación, no cumplió con las expectativas del perfil del cargo para el cual fue contratada, esto es, ejercer las funciones por las que fue contratada, aunado a una buena comunicación, un buen trabajo en equipo; que es lo que la compañía revisa en la evaluación de las funciones. La operación hizo la evaluación y fue lo que informó al área de administración de personal. Como se encontraba en periodo de prueba, hicieron la notificación, tal como lo dice la ley. Siempre se le pagaron salarios y prestaciones. Existió una comunicación del jefe directo de sobre de la evaluación del trabajo de ella, en la que dice que no tenía buen relacionamiento ni buen trabajo en equipo. En la comunicación de

⁴ Carpeta: 11AnexosContestacionDemanda//OUTSOURCING-POL-YMAN-Prueba6.2.3.-92

⁵ Carpeta: 11AnexosContestacionDemanda// OUTSOURCING-POL-YMAN-Prueba6.2.4.-92

terminación se le informa a la trabajadora que no cumplió con las expectativas del cargo.

Por su parte, al absolver interrogatorio de parte la promotora del juicio, señaló que se vinculó para desempeñarse laboralmente al servicio de la sociedad demandada Outsourcing Servicios Informáticos S.A., a partir del 1º de agosto del 2018, por contrato por obra y labor como profesional; a los 12 días firmó otrosí, cambiando a líder de calidad, pero las funciones siempre fueron las mismas, que eran las de todo el proceso de calidad que se traía con la UARIV. En cuanto a su desvinculación, manifiesta que fueron citados a una reunión en las oficinas de Outsourcing el 28 de septiembre de 2018, acabada la cual, su jefe le dijo que no sabía qué había pasado, pero que le finalizaban el contrato, que había hablado con la cliente, quien tampoco tenía conocimiento de las razones; le entregó la carta de terminación, fundamentada supuestamente en el término de periodo de prueba, finalizando la vinculación ese mismo día.

Acepta que no tenía alguna garantía Constitucional que amerite su reintegro laboral, no tiene problemas de salud, no es madre cabeza de familia, ni tiene fuero sindical. Solicita el reintegro porque considera que su despido fue injustificado; de hecho, su jefe le había indicado que la quería para un cargo, que su trabajo era muy bueno y supuestamente todo estaba bien. El contrato inicial con la UARIV iba desde el 1º de agosto hasta el 31 de diciembre. Durante la relación laboral le fueron reconocidos y pagados todos sus salarios, prestaciones sociales y, aportes al sistema de Seguridad Social en salud y pensiones. Cuando fue contratada le dijeron que el proyecto específico era para ser líder de calidad en la contratación de la UARIV, mientras durara el contrato. En cuanto al periodo de prueba, aduce que el contrato que les hicieron firmar inicialmente estaba mal, y le dijeron que así debían firmarlo, que después les iban a hacer otrosí y a arreglar todo, pero luego solo le arreglaron en dinero, como líder de calidad y, el contrato no tuvo otra variación. Afirma que no se encontraba en periodo de prueba cuando finalizó el contrato.

A solicitud de la demandada, se decretaron los testimonios de Yolanda Rueda Gómez y Juan José Pinzón Piriache. La primera manifestó que era quien estaba a cargo de todo el proyecto, la demandante tenía un jefe a cargo y ese jefe le reportaba. Yesenia trabajó como líder de calidad, entre sus funciones estaban las de auditar las transacciones que realizaba el canal presencial. Ella fue contratada cuando fueron adjudicados a la orden de compra, ella venía en unas listas que entrega la Unidad. Su vinculación fue terminada en periodo de prueba, porque no cumplió con las expectativas; explica que los líderes deben ser personas completamente integrales, deben manejar todo el tema de relacionamiento, conocimiento y ser líder estratega, y ella no cumplió con las expectativas que tenía compañía para este cargo. Ella estuvo un mes larguito y, se hizo una evaluación de su desempeño y su relacionamiento; con su jefe y con sus pares y, tenían varias quejas del relacionamiento, su temperamento fuerte, su actitud frente a la labor y frente a sus compañeros y, personas nuevas que estaban llegando; el comentario era poco trabajo en equipo. Su jefe Héctor Fabián Martínez, les hacía reuniones y les informaba sobre la evaluación, de manera verbal.

Por su parte, Juan José Pinzón Piriache, indicó ser director de administración de personal de la demandada, por ello conocer a la demandante, quien fue contratada por obra o labor asociada al proyecto UARIV, ruta integral, primero como agente profesional y luego el cargo fue modificado a líder de calidad; sus funciones principales eran auditar todo el proceso operativo de la Unidad. Sabe que el desempeño de la demandante no fue el esperado por la compañía, de acuerdo a comunicaciones enviadas desde la operación, por lo que se dio por terminada la relación laboral, en su periodo de prueba con la compañía al no cumplir con las expectativas de desempeño frente al tema de comunicación, cultura y cuidado de la empresa. No conoce un reporte o informe de un hecho concreto para sustentar la decisión, pues la compañía, dentro de las posibilidades contractuales, tiene el periodo de prueba máximo de 2 meses, de acuerdo al tipo de vinculación y, de acuerdo al jefe inmediato, se evidenció este tipo de actitudes durante ese periodo, lo que le fue notificado en el periodo de prueba. Su primer y único

contrato con esta empresa fue el 1º de agosto del 2018, con anterioridad la demandante no había para la compañía.

En ese contexto, analizados en conjunto los medios probatorios enunciados, se advierte que, a la demandante en efecto le fue terminada la relación laboral encontrándose dentro del término de periodo de prueba, no solo pactado en el contrato suscrito, sino además determinado en la ley, pues al confrontar la calenda de recibo de la carta de despido por parte de la trabajadora y el contrato de trabajo, se avizora que el finiquito laboral con fundamento en el periodo de prueba fue anterior al cumplimiento de los 2 meses de iniciada la relación laboral; sin que tampoco fuera sujeto de especial protección susceptible de discriminación que conllevara al empleador a justificar la terminación del contrato de trabajo durante este periodo, conforme a las reglas jurisprudenciales antes descritas.

En consecuencia, estima la Sala que la parte accionada no incurrió en alguna violación a la ley laboral sustancial, que pudiera llevar a la ineficacia de la terminación del contrato de la demandante, con las implicaciones pretendidas en la demanda; razón suficiente para confirmar la sentencia de primer grado en su integridad. Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

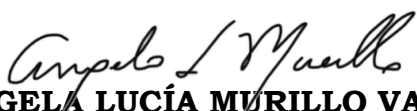
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de octubre de 2022, por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 033 2021 00408 01
DEMANDANTE: ALBA LUCÍA SÁNCHEZ ARIAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada Colpensiones en contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de febrero de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez desde el 21 de febrero de 2014 o, subsidiariamente desde el 22 de febrero de 2020. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar el retroactivo pensional causado hasta el 30 de mayo de 2020; los intereses moratorios; las costas y, los derechos ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 4 de diciembre de 1963. Presenta una pérdida de la capacidad laboral del 56.12%, con fecha de estructuración del 21 de febrero de 2014, calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá; por lo cual, solicitó el reconocimiento pensional ante Colpensiones, el pasado 12 de junio de 2020; entidad que, mediante Resolución N° SUB 136727 del 26 de junio de 2020, le reconoce la pensión de invalidez a partir del 1° de julio de 2020, es decir a corte de nómina, aduciendo no contar con claridad respecto de la última incapacidad efectivamente disfrutada y pagada; no obstante, con

la solicitud se arrimó certificación de la EPS con la firma correspondiente y; la última incapacidad liquidada por la EPS MEDIMAS es del 22 de febrero de 2020. Inconforme presentó recurso de reposición en subsidio apelación, resuelto por Resolución N° SUB 202343 del 22 de septiembre de 2020, confirmando la decisión (fls.1 a 8¹).

Al dar contestación Colpensiones, se opuso al éxito de las pretensiones. Aceptó la data de nacimiento de la actora, la calificación de pérdida de la capacidad laboral, porcentaje y fecha de estructuración, la solicitud elevada, el acto administrativo por medio del cual le fue reconocida la prestación, el argumento de no existir certeza respecto de la última incapacidad efectivamente disfrutada y pagada, la certificación de la EPS allegada, los recursos interpuestos y la confirmación de la negativa. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. Formuló las excepciones de mérito de inexistencia del derecho y la obligación a cargo de Colpensiones, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe de Colpensiones, de legalidad de los actos administrativos, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, las demás declarables de oficio.

En defensa de sus intereses argumentó que, la demandante no aportó el certificado de pago de incapacidades, por lo tanto, el reconocimiento no se hizo desde la fecha de estructuración, toda vez que las pensiones de invalidez deben reconocerse a partir de la fecha de estructuración, excepto que, con posterioridad a esa fecha, el afiliado se encuentre disfrutando de subsidio por incapacidad, caso en el cual la efectividad será al día siguiente del último pago de dicha incapacidad (fls.3 a 18²).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

¹ 02Demanda

² 07ContestacionColpensiones

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 9 de febrero de 2023, resolvió³:

PRIMERO: DECLARAR que la señora ALBA LUCÍA SÁNCHEZ ARIAS, identificada con cédula de ciudadanía N° 41.908.668, tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, en los términos reconocidos por Colpensiones en Resolución del 28 de junio de 2020, pero a partir del 23 de febrero de 2020, acorde a las consideraciones realizadas en parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado a entre el 23 de febrero de 2020 hasta el 30 de junio de 2020. Cifra que asciende a la suma de TRES MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON OCHENTA CENTAVOS M/CTE (\$ 3.745.292.80), según liquidación realizada por este Despacho.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre el retroactivo causados a partir del 8 de enero de 2021 y hasta que se verifique el pago de las respectivas mesadas pensionales. Suma que deberá ser liquidada con la tasa máxima vigente establecida por la Superintendencia financiera establecida a la fecha de pago del retroactivo reconocido.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones planteadas por la demandada, en especial la de PRESCRIPCIÓN e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION. Ello acorde a los motivos dados en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de la demandada. Se fijan como Agencias en Derecho la Suma de DOS PUNTO CINCO SMLMV (2.5).

Como sustento de su decisión, señaló que acorde con las reglas normativas y jurisprudenciales, la pensión de invalidez se causa a partir del momento en que se estructura la misma, pero comienza a disfrutarse desde el día en que se deja de recibir la incapacidad médica; existiendo prueba en el presente asunto, del reconocimiento del subsidio de incapacidad, la última, para el 22 de febrero del año 2020, por lo tanto, al no allegarse por Colpensiones prueba alguna referente al pago o reconocimiento posterior de incapacidades, no le era atribuible obstaculizar el disfrute de la pensión con el retroactivo solicitado desde febrero del año 2020.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada reprochó la condena por intereses moratorios, argumentando en síntesis que, del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se despende que dichos intereses solo se concederán cuando

³ 11AudienciaSentencia

exista mora en el pago de las mesadas pensionales. Sin embargo, la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, manifiesta la no imposición de esta sanción cuando las actuaciones administrativas encuentren plena justificación, bien sea porque respaldo normativo o por una postura que provenga de la aplicación minuciosa de la ley; debiendo aplicarse para cada caso particular bajo los postulados fundamentales consagrados en la Constitución política, aunado a que todas las Resoluciones se circunscriben al principio de la buena fe exenta de culpa y el principio de la legalidad; sin que sea procedente esta sanción cuando no se acreditan todos los requisitos legales para el reconocimiento. A su vez, se debe tenerse en consideración el término con el que cuenta la entidad para proceder al reconocimiento pensional.

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 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 la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de retroactivo de la pensión de invalidez que disfruta actualmente.

Para dilucidar lo anterior, se debe precisar que está demostrado que: **i)** la promotora del juicio padece una pérdida de capacidad laboral del 56.12%, con fecha de estructuración 21 de febrero de 2014, así consta en el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca el 25 de noviembre de 2019 (fls.10 a 16); **ii)** que mediante Resolución SUB 136727 del 26 de junio de 2020, Colpensiones le reconoció pensión de invalidez a partir del 1º de junio de 2020 (fls.21 a 28); **iii)** el 8 de septiembre de 2020 solicitó el retroactivo a partir del 22 de

febrero de 2020, fecha de la última incapacidad liquidada por la EPS Medimás, pero le fue negada por Acto Administrativo SUB 202343 del 22 de septiembre de 2020, bajo el argumento de no tener certeza del correspondiente pago de la última incapacidad liquidada por Medimás (fls.35 a 41).⁴

Frente al punto, se advierte que el inciso final del artículo 40 de la Ley 100 de 1993, dispone que la prestación de invalidez debe ser reconocida a solicitud de la parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado. Por su parte, el artículo 10 del Decreto 758 de 1990, dispone que la pensión de invalidez se pagará desde la fecha de estructuración y que, si el beneficiario estuviere gozando del subsidio por incapacidad temporal, el pago de la prestación comenzará una vez expire el plazo para percibir la misma.

Ahora, la entidad dejó consignado en la Resolución SUB 136727 de 26 de junio de 2020 que: *“verificado el expediente administrativo se evidencia certificado de incapacidades expedido por MEDIMAS EPS de fecha 28 de mayo de 2020, evidenciando como último periodo de incapacidad del 20 de febrero de 2020 a 22 de febrero de 2020, con estado “liquidada”, así las cosas y al no tener certeza si dicho periodo de incapacidad fue efectivamente pagado, se procederá a reconocer la prestación a corte de nómina (...)”* (fl.27). En el mismo sentido, en la Resolución SUB 202343 del 22 de septiembre de 2020, se indicó que: *“revisada la citada certificación expedida por MEDIMAS EPS de fecha 28 de mayo de 2020, y la relación anexa de las incapacidades liquidadas y pagadas, es preciso indicar, que en el citado documento se indicó que el periodo del 20/02/2020 al 22/02/2020, se encuentra liquidado, sin embargo esta Administradora de Pensiones, no tiene certeza de su correspondiente pago; razón por la cual no es posible entrar a modificar la fecha de efectividad de la pensión de invalidez...”* (fl.40).

No obstante, evidencia la Sala que se allegó certificado de incapacidades médicas expedido por la EPS Medimás el 24 de agosto de

⁴ 02Demanda

2020, evidenciando que la última incapacidad para la demandante corresponde a la No. 501010000016327, con fecha de inicio del 20 de febrero de 2020 y de finalización el 22 de febrero de 2020, por valor de \$31.747, en estado “Liquidada” (fls.30 a 32⁵). Asimismo, revisado el expediente administrativo aportado al proceso, en el que aparece la historia clínica de la demandante, el dictamen médico de pérdida de capacidad laboral, la historia laboral, y las solicitudes y resoluciones que resuelven la situación pensional de la actora, no se observa en parte alguna incapacidad posterior a la referida (07ContestacionColpensiones).

Conforme a estas pruebas, estima la Sala que la accionante logró acreditar que, entre el 22 de febrero de 2020, data en culminó la última incapacidad concedida y liquidada y, el 30 de junio de 2020, día anterior a aquel en que empezó a disfrutar de la pensión, no le fue cancelada incapacidad médica alguna, por lo que tiene derecho al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales causadas a partir del 23 de febrero de 2020, como acertadamente concluyó el juez de conocimiento.

Prescripción

Se considera que en el presente asunto no ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción, por cuanto, si bien el derecho se causó a partir del 21 de febrero de 2014, el dictamen de calificación que así lo determinó data del 25 de noviembre de 2019 y, como quedó visto, el derecho se hizo exigible el 23 de febrero de 2020, día siguiente de la última incapacidad liquidada. Igualmente, la accionante reclamó el reconocimiento de la prestación el 12 de junio de 2020, reconocida mediante Resolución SUB 136727 del 26 de junio de 2020 (fls.21 a 28); solicitó el retroactivo el 8 de septiembre de 2020, siendo atendido a través de Resolución SUB 202343 del 22 de septiembre de 2020 (fls.35 a 41) y, presentó demanda ordinaria el 20 de mayo de 2021 (01ActaReparto), esto es dentro del término trienal previsto en las normas sustantivas y procesal del trabajo.

De los intereses moratorios

⁵ 02Demanda

Señala el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que a partir 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.

Conforme a ello, precisa la Sala que se causan intereses moratorios cuando la entidad se tarda 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 4º de la Ley 700 de 2001, modificado por el inciso final del parágrafo 1º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que son de cuatro meses contados a partir de la fecha de radicación de los documentos necesarios para resolver las solicitudes prestacionales.

En el presente asunto, la solicitud de pensión acompañada de la documentación completa fue elevada el 12 de junio de 2020 (fls.21 a 30º), la entidad concedió la prestación mediante Acto Administrativo SUB 136727 del 26 de junio de 2020, es decir, dentro del término de gracia que le otorga la ley. No obstante, pese a que el disfrute del derecho se hizo exigible desde el 23 de febrero de 2020, solamente se reconocieron las mesadas pensionales causadas a partir del 1º de julio de 2020, lo que evidencia una mora en el pago de aquellas mesadas causadas entre la fecha de exigibilidad y el día anterior a aquel en que empezó a pagar la prestación, lo que a la fecha no ha ocurrido.

En consecuencia, es procedente condenar a Colpensiones a reconocer los intereses moratorios respecto de las mesadas comprendidas entre el 23 de febrero de 2020 y el 30 de junio de 2020, los cuales se causan a partir del 12 de octubre de 2020, plazo máximo con el que contaba la entidad para responder la solicitud, hasta que se verifique el pago de la obligación; no obstante, como quiera que el juzgado impuso esta sanción a partir del 8 de enero de 2021, sin que fuera objeto de

⁶ 02Demanda

reproche por la parte demandante y, toda vez que tanto la alzada como la consulta se surten en favor de Colpensiones, no puede modificarse la fecha de condena en atención a que se haría más gravosa su situación; lo anterior en virtud del principio de *no reformatio in pejus*.

Bajo las consideraciones aquí expuestas, resulta forzoso confirmar la sentencia de primera instancia. Sin costas en el grado jurisdiccional, ni en la apelación.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de febrero de 2023, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin COSTAS en el grado jurisdiccional, ni en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO/ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MUXILLO VARÓN

Magistrada
033 2021 00408 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 029 2020 00286 01.
DEMANDANTE: JORGE GUILLERMO VELA LANCHEROS y
DIEGO ARMANDO GIL PULIDO
DEMANDADO: AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO
S.A. AVIANCA S.A., COOPERATIVA DE
TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN
LIQUIDACIÓN - SERVICOPAVA EN
LIQUIDACIÓN y SERVICIOS
AEROPUERTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de abril de 2022.

I. ANTECEDENTES

Los accionantes promovieron demanda laboral para que se declare la solidaridad de las demandadas respecto de las obligaciones laborales reclamadas; así como la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con Avianca S.A., a través de tercerización e intermediación laboral indebida con las otras enjuiciadas. Se declare que la suma reconocida a título de compensación extraordinaria, tiene carácter salarial; que la terminación del contrato con Servicopava del 31 de octubre de 2017 es ineficaz por evidencia de vicios en el consentimiento sobre el formato de renuncia que les fue impuesto; que en desarrollo del presunto proceso de formalización laboral se les vulneró sus derechos laborales; que desde el día siguiente de su desvinculación con Servicopava CTA continuaron desarrollando sus actividades para Avianca S.A., con las mismas condiciones que se venían desarrollando desde su ingreso con las

empresas de servicios temporales; que los eventuales pagos realizados para cubrir el derecho a la cesantía, constituyen pagos irregulares al tenor del artículo 254 del C.S.T. y; que se les adeuda las prestaciones y acreencias laborales.

En consecuencia, se condene a las enjuiciadas al pago de la bonificación especial, prima de vacaciones, prima de navidad, reconocimiento por antigüedad, incentivo de productividad, auxilio educativo, auxilio médico, ayuda especial para salud, auxilio de alimentación, auxilio extralegal de transporte, las sumas por concepto de compensación extraordinaria como factor salarial; las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones, causadas desde su vinculación hasta el 31 de octubre de 2017; la reliquidación de estas acreencias a partir del 1º de noviembre de 2017; la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo y, por la consignación incompleta; la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías; la reliquidación de los salarios causados desde el 1º de noviembre de 2017 y de los aportes pensionales; los días adicionales de vacaciones que no fueron pagados conforme a lo dispuesto en el PVB; el reconocimiento de los tiquetes que se le han dejado de reconocer como trabajadores de Avianca S.A.

Reclamaron el pago de las sumas ilegalmente descontadas por concepto de cuota de admisión a Servicopava al momento de su vinculación a la Cooperativa; las cuotas mensuales equivalentes al 5% del valor de su salario descontados ilegalmente durante toda su relación laboral vinculados a través de la cooperativa bajo el concepto de aportes sociales y; el auxilio de alimentación a partir del 1 de noviembre de 2017. Finalmente, se ordene a las demandadas a pagar debidamente indexadas las condenas, a cancelarles intereses moratorios, 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, narraron que fueron vinculados a través de convenio de asociación con Servicopava, para desempeñar sus labores personales para Avianca S.A., así:

Demandante	Fecha de ingreso	Cargo	Último salario	Auxilio de transporte cooperativo
Jorge Guillermo Vela Lancheros	24 de mayo de 2014	Auxiliar Conductor	\$ 969.914,00	\$ 76.766,00
Diego Armando Gil Pulido	27 de Marzo de 2017	Agente de Operaciones Terrestres	\$ 1.261.698,00	\$ 78.152,00

Que sus salarios se causaban bajo la figura de compensación ordinaria y extraordinaria; ejercían sus funciones en las instalaciones, con los elementos y herramientas propiedad de Avianca; bajo instrucciones impartidas por jefes directos de ésta, en los horarios y turnos que la misma fijó, portando uniforme y carné con el logo de la aerolínea, quien otorgaba, dictaba y certificaba capacitaciones. Se encontraban sometidos a sus manuales de funciones y demás instructivos y, tenían códigos de acceso, usuario y contraseñas para las aplicaciones internas de la aerolínea; eran sometidos a pruebas de bienestar laboral y medición de productividad, así como a control de personal a través de huella dactilar y registro biométrico de ingreso y salida. Adujo que le fueron otorgados beneficios reconocidos por Avianca a sus trabajadores directos tales como: transporte, tiquetes nacionales e internacionales, alimentación en el casino, rutas de transporte y, cobertura de la póliza de seguros contratada con Allianz.

Exponen que Avianca S.A. constituyó la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava en el año 2002, para el desarrollo de operaciones internas; sin embargo, ésta no contaba con elementos propios para el desarrollo de sus funciones, utilizando las herramientas y elementos de labor propios e identificados con los logos e imagen corporativa de Avianca; quien a pesar de que se constituyó un contrato de comodato, ejercía el direccionamiento y control sobre los mismos y, eran utilizados de manera simultánea por trabajadores directos e indirectos de la compañía. Dentro de su estructura se comprende el área de Asistencia en Tierra como un área interna de la compañía y se describe el proceso de flota de pasajeros, como de Operaciones Terrestres.

En el 2012, el Ministerio de Trabajo sancionó administrativamente a las demandadas a través de la Dirección Territorial del Atlántico con multa de \$1.113.400.000, por mantener vinculados trabajadores a su servicio

mediante tercerización. En consecuencia, Avianca se acogió al acuerdo de formalización laboral, para así, lograr la condonación de la multa y contrató directamente de un gran número de trabajadores que prestaban servicios a través de diferentes cooperativas. No obstante, por continuar con las prácticas Avianca fue nuevamente sancionada en 2017; esta vez por \$2.950.000.000, por lo que se vio obligada a suscribir un nuevo acuerdo de formalización laboral, en el que se incluían los trabajadores de asistencia en tierra, entre ellos los accionantes, pero para contratarlos por intermedio de una empresa adquirida para tal efecto. Por lo que el 31 de octubre de 2017, fueron invitados por Servicopava a una reunión en las instalaciones de Avianca, en donde fueron conminados a terminar su vínculo, a través de un formato de renuncia previamente establecido, para proceder a suscribir contrato con la empresa Servicios Aeroportuarios Integrales SAI, a partir del 1º de noviembre de 2017.

A pesar de su compromiso de formalización laboral, Avianca nunca les ha dado tratamiento como sus trabajadores vinculados; no les ha reconocido los beneficios del plan voluntario de beneficios, dando continuidad a la tercerización. La vinculación a través de SAI, se encuentra con contrato laboral vigente, prestando sus servicios personales para la aerolínea; se ha desarrollado de manera continua, en las mismas condiciones que venía con Servicopava, con identidad de funciones, lugar, elementos, jefes, carnet de identificación y, beneficio de alimentación en el casino y rutas de transporte. No obstante, se ha dado en inferiores condiciones salariales, sin beneficios extralegales y, sin el pago del auxilio de alimentación pactado contractualmente (fls.2 a 31¹).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio **Avianca S.A.**, se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra. Respecto de los hechos, aceptó como cierto que los demandantes hicieron parte del acuerdo de formalización, pero aclara que dicho acuerdo fue celebrado por Avianca Holdings S.A., compañía distinta a Avianca S.A. y fueron remitidos a prestar sus servicios a Servicios Aeroportuarios Integrados SAI S.A., empresa también independiente esta enjuiciada. Manifestó no ser ciertos o que no le constan los demás. Propuso las excepciones de mérito

¹ 001Demanda.

de inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, compensación, pago y las demás que puedan ser declarables oficiosamente.

En su defensa arguyó que los demandantes nunca fueron contratado laboralmente por Avianca para prestarle sus servicios personales, nunca fueron trabajadores de esa compañía, sino que tuvieron la calidad de cooperados de Servicopava, y por cuenta de esa cooperativa y bajo su responsabilidad, adelantó algunas labores en las instalaciones de Avianca, pero alejadas de su objeto principal, sin estar sujeta a subordinación laboral por parte de Avianca, pues su trabajo se sujetó a las normas del Régimen de Trabajo Asociado existente en esa cooperativa y se hizo de manera autogestionaria, con total autonomía técnica, administrativa y financiera de parte de la cooperativa, con quien Avianca suscribió oferta mercantil para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos y administrativos, siendo prestados estos servicios a través de sus asociados, de acuerdo con la legislación vigente; por lo cual no se cumplen los supuestos contenidos en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así mismo, se debe tener en cuenta que Avianca S.A. no tiene ningún tipo de participación societaria ni control sobre la compañía Servicios Aeroportuarios Integrados SAI S.A.S.; a su vez, la empresa SAI S.A., es una sociedad jurídica con más de 34 años de experiencia en el sector de servicios en tierra a aerolíneas, la cual en virtud de sus facultades legales ha celebrado contratos comerciales con Avianca S.A. y otras sociedades comerciales; en consecuencia, se estipuló que algunos trabajadores asociados de Servicopava serían vinculados por Avianca S.A. o SAI S.A., y por eso los trabajadores fueron contratados por ésta última, sin que esta enjuiciada tuviera injerencia alguna en su vinculación (fls.3 a 51).²

Por su parte, la demandada **Servicopava** al contestar también se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el convenio de

² 008ContestacionAvianca

asociación suscrito con los demandantes, sus extremos temporales, el uso de carnés y, las rutas de transporte. Señaló que no son ciertos o que no le constan los restantes. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia del contrato de trabajo, prescripción y las demás declarables de oficio. Para enervar las pretensiones de la demanda, expuso que tuvo un contrato u oferta mercantil con Avianca S.A. en los términos de la Ley Cooperativa, para cubrir la totalidad de los procesos y sub procesos que no están contemplados dentro de la actividad misional, en las etapas productivas de dicha empresa; en desarrollo de la cual, participaron los demandantes en la ejecución de dichos procesos, para lo cual se vincularon mediante unos convenios de asociación firmados y aceptados por las partes, respectivamente de conformidad con los estatutos y regímenes vigentes de Servicopava y las normas aplicables sobre la materia (fls.3 a 45³).

Finalmente, Servicios Aeroportuarios Integrados SAI S.A.S., se opuso a la prosperidad de las peticiones. Manifestó no ser ciertos o no constarle los hechos. Formuló las excepciones de mérito de inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y causa en los demandantes, pago, compensación, enriquecimiento sin justa causa, buena fe, prescripción y, las demás declarables oficiosamente.

En su defensa señaló que entre las empresas Aerovías del Continente Americano S.A. Avianca S.A., Servicios Aeroportuarios Integrados SAI S.A.S. y la Dirección Territorial del Atlántico del Ministerio de Trabajo, se celebró un acuerdo de formalización, se señalaron cuáles eran los trabajadores asociados de SERVICOPAVA asignados a la ejecución del proceso de operaciones terrestres y atención a pasajeros de terceros que serían contratados por SAI, dentro de los cuales se encontraban los demandantes, por lo que se les envió invitación para participar en la convocatoria de las vacantes disponibles; situación que permite establecer que la SAI cumplió con las obligaciones pactadas. Que previo al 1º de noviembre de 2017, jamás tuvo vínculo alguno con los actores, razón por la cual, no tiene responsabilidad alguna en los servicios que

³ 005ContestacionSERVICOPAVA.

eventualmente haya prestado en esa época y; que durante la vigencia de la relación laboral posterior a esa data, los demandantes prestaron sus servicios personales a favor de SAI S.A.S., quien fungió como verdadero empleador y por lo tanto, no se configuró la solidaridad establecida en el artículo 35 del C.S.T., toda vez, que jamás actuó como intermediaria de Avianca S.A., aunado a que canceló la totalidad de las acreencias laborales (fls.2 a 107⁴)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de abril de 2022, resolvió⁵:

PRIMERO: DECLARAR que las demandadas Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava -en liquidación-, y Servicios Aeroportuarios Integrados SAI S.A.S. sirvieron como simples intermediarias en los contratos suscritos por los señores Jorge Guillermo Vela Lancheros y Diego Armando Gil Pulido y, que la verdadera empleadora es Avianca S.A.

SEGUNDO: DECLARAR que entre el demandante Jorge Guillermo Vela Lancheros y Avianca S.A., medió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 27 de mayo de 2014; devengando como salario para el 1º de noviembre de 2017, la suma de \$969.914.

TERCERO: DECLARAR que entre el demandante Diego Armando Gil Pulido y Avianca S.A. medió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 27 de marzo de 2017; devengando como salario para el 1º primero de noviembre de 2017, la suma de \$1.261.698.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de prescripción de los derechos laborales causados con anterioridad al 10 de septiembre de 2017, a excepción de las cesantías y los aportes a seguridad social en pensiones.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de compensación respecto de los derechos reclamados y causados hasta el 31 de octubre de 2017.

SEXTO: CONDENAR solidariamente a las demandadas Avianca S.A. y Servicios Aeroportuarios Integrados SAI S.A.S. a pagar a los demandantes, las diferencias salariales causadas desde el 1º de noviembre de 2017, teniendo en cuenta los salarios indicados en los numerales segundo y tercero.

SEPTIMO: CONDENAR solidariamente a las demandadas Avianca S.A. y Servicios Aeroportuarios Integrados SAI S.A.S. a cancelar a los demandantes, la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones, según el salario indicado en los numerales segundo y tercero, desde el 1º noviembre de 2017.

OCTAVO: CONDENAR solidariamente a las demandadas Avianca S.A. y Servicios Aeroportuarios Integrados SAI S.A.S. a cancelar a los demandantes, el auxilio de alimentación por valor de \$100.000 causado desde el 1º de noviembre de 2017 y durante la vigencia de la relación laboral.

NOVENO: CONDENAR a las demandadas Avianca S.A. y Servicios Aeroportuarios Integrados SAI S.A.S. a pagar la diferencia por los pagos de aportes a seguridad

⁴ 007ContestacionServicios aeroportuarios. (Sic)

⁵ 031AudioSentencia

social en pensiones según el fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado cada uno de los demandantes, teniendo en cuenta que la diferencia salarial para el señor Jorge Guillermo Vela a partir del 1º de noviembre de 2017 correspondía a \$69.914 y para el señor Diego Armando Gil Pulido la diferencia salarial para esa fecha era de \$511.698.

DECIMO: CONDENAR a las demandadas a indexar el valor adeudado por concepto de reliquidación de salario, prestaciones sociales y vacaciones.

ONCE: ABSOLVER a las demandadas del resto de pretensiones incoadas en su contra por los señores Jorge Guillermo Vela y Diego Armando Gil Pulido.

DOCE: CONDENAR a las demandadas Avianca y SAI S.A.S. a pagar las costas del proceso. Inclúyase la suma de \$3.000.000 como agencias en derecho.

TRECE: ABSOLVER a Servicopava de las condenas impetradas en su contra dentro del pago de acreencias laborales, tal y como quedó señalado en la parte considerativa.

Como sustento de su decisión, arguyó que, quedó probado que los demandantes prestaban su servicio personal en favor de Avianca S.A., por lo que, le correspondía a ésta desvirtuar la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que no ocurrió. Que Servicopava incurrió en la prohibición establecida a las cooperativas de trabajo asociado, puesto que solo actuó como una simple intermediaria; razón por la cual, declaró que entre los demandantes y Avianca S.A. existió un contrato de trabajo.

En lo que respecta a la vinculación con Servicios Aeroportuarios integrados SAI S.A.S., consideró que al declararse la existencia del contrato de trabajo con Avianca S.A., no había lugar a dar aplicación al aparente acuerdo de formalización laboral bajo el entendido que los demandantes continuaron prestando la misma labor en favor de esta empresa y, que la renuncia presentada fue ante Servicopava, sin que hubiera solución de continuidad en la prestación del servicio, anudado a que la formalización laboral tiene por objeto la celebración de contratos de trabajo con vocación de permanencia, por tal razón, en este caso no habría lugar a formalización alguna ante la existencia del vínculo laboral, concluyendo que SAI, a partir del 1º de noviembre de 2017 actuó como simple intermediario de conformidad con lo establecido en el artículo 35 del C.S.T.

Teniendo en cuenta que la demanda se interpuso el 10 de septiembre de 2020, sin que obre una interrupción al interior del proceso, declaró prescritos los derechos laborales causados con anterioridad al 10 de septiembre de 2017, incluida la sanción por la no consignación de las

cesantías e intereses; empero no sobre las cesantías y los aportes a seguridad social. Asimismo, encontró demostrado que Servicopava canceló una compensación ordinaria mensual, así como la liquidación definitiva de las compensaciones al 31 de octubre de 2017, declarando probada la excepción de compensación, por lo tanto, no profirió condena alguna por salarios, prestaciones sociales y vacaciones, causados hasta el 31 de octubre de 2017.

Al declarar la existencia del contrato de trabajo, concluyó que hubo una desmejora salarial a partir del 1º de noviembre de 2017, condenando al pago de las diferencias salariales mensuales, así como la reliquidación de prestaciones sociales. Igualmente, que fue pactado un auxilio de alimentación no constitutivo de salario, que no fue cancelado. Y, en lo que tiene que ver con los derechos extralegales, encontró que el plan voluntario de beneficio que fue aportado estuvo vigente hasta el 31 de diciembre del año 2011.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron sendos recursos de apelación.

El demandante reprocha la decisión respecto a las cesantías, arguyendo que este derecho se causa únicamente a la finalización del contrato de trabajo, sin la posibilidad de liquidaciones anualizadas, en virtud de lo cual, la prescripción planteada no resulta viable, debiendo disponerse el pago integral de la totalidad de los derechos de las cesantías. En el mismo sentido, considera que éstos valores no son compensables y que tiene que someterse el empleador a los mecanismos legales, esto es a la consignación de los valores de las cesantías ante el fondo respectivo. si el empleador no cumple, le atañe una sanción, partiendo igualmente de los principios de buena o mala fe; existiendo para este tipo de sanciones, una mala fe por parte de la vinculación a través de SAI, para la vinculación correcta del valor de la cesantía y, que es doloso y de mala fe, intentar pretender quitarlo o restarle los derechos de los trabajadores; pues, a pesar de comprometerse a formalizar este proceso, continuó con un esquema cooperativo.

Considera que respecto de los beneficios del plan voluntario de Avianca, no se cuenta con la documentación probatoria, por cuanto están en cabeza de esta demandada, pruebas que fueron decretadas; por ello solicita sean incorporadas y analizadas en segunda instancia; como beneficios extralegales de Avianca para sus trabajadores no sindicalizados, son beneficiarios todos los trabajadores vinculados directamente y, por ello están estableciendo la tercerización laboral, para impedir que los trabajadores accedan a este paquete de beneficios. Finalmente, reprocha el valor de la condena en costas, considerando los múltiples años y el desgaste probatorio, en contra de tres codemandadas, para que, sea ajustado conforme los resultados del proceso, en una suma que tenga una representación un poco más justificada.

Avianca S.A., se opone a la declaratoria de existencia del contrato, considerando que la decisión de la *a quo* se basa en pruebas no apreciadas o apreciadas de manera indebida, con las que se desvirtúa por completo el factor subordinación exigido por el artículo 23; pues hay pruebas documentales, testimoniales, interrogatorios de parte y confesiones, que desvirtúan esa presunción por parte de las demandadas. El despacho confunde el factor subordinación con coordinación, que implica que la empresa contratante, en este caso Avianca, puede otorgar directrices para efecto de la correcta ejecución de los contratos comerciales que se ejecutaron con las codemandadas; lo que no da cuenta de por sí, de la existencia de un acto subordinante.

En concordancia con lo anterior, SAI y Servicopava no pueden ser consideradas simples intermediarias en los términos del artículo 35 del C.S.T. La ley permite a las cooperativas operar con herramientas de la empresa cliente siempre y cuando exista un contrato que lo legalice de por medio, en el presente caso, es el contrato de comodato, que no fue tachado por las partes y que tiene plena validez probatoria y legal. Igualmente, Servicopava y SAI son dos empresas robustas, que tienen instalaciones propias dentro del aeropuerto y que prestan servicios a terceros distintos a Avianca. Así mismo, Avianca no desarrolla esa actividad desde el año 2002, cuando se realizó un estudio de mercado en el cual se logró

determinar que muchas aerolíneas tercerizaban estos servicios, solicitando analizar la diferencia entre objeto social y giro ordinario de los negocios. Finalmente, increpa la condena por auxilio de alimentación, dada la naturaleza del beneficio y, que a los demandantes se les otorgó la posibilidad de acceder al beneficio de casino, cumpliendo con su cometido. Tampoco se prueba la desmejora salarial.

Por su parte, **Servicopava** manifiesta su inconformidad única y exclusivamente en lo que tiene que ver con la intermediación, aduciendo que en ningún momento actuó como una simple intermediaria, toda vez que lo que se suscribió con los actores fue un convenio de asociación, que se le celebró entre las partes de manera libre, consciente y voluntaria y, el cual se terminó entre las mismas a través de una renuncia también voluntaria de los actores, quienes tenían pleno conocimiento de lo que estaban haciendo, sin que se viera vulnerado por error, fuerza o dolo. Solicita tener en cuenta que los actores reconocieron y aceptaron y, existe prueba dentro del plenario, que realizaron un curso de economía solidaria con énfasis en trabajo social; requisito indispensable para que exista la diferencia entre un trabajador regido por un contrato de trabajo y uno asociado, quedando completamente demostrado que jamás tuvieron un contrato de trabajo ni con Servicopava, ni mucho menos con la empresa cliente. Resalta que las Cooperativas de Trabajo Asociado no se les aplica las normas laborales del C.S.T. y, por lo mismo, los demandantes en su calidad asociados a una cooperativa, son trabajadores asociados no sujetos a una legislación laboral.

Finalmente, **Servicios Aeroportuarios Integrados SAI S.A.S.**, indica que no se puede deprecar que fue una simple intermediaria frente a la relación que existió entre los demandantes y Avianca, todo lo contrario, los tres elementos del contrato de trabajo se configuran plenamente respecto a SAI, no solamente por los contratos suscritos el 1º de noviembre de 2017, sino que adicionalmente, se respetaron los derechos y garantías laborales de conformidad al acuerdo de formalización del 31 de octubre de 2017, entre Avianca, SAI y en coordinación y dirección del Ministerio de Trabajo, documento plenamente válido y autorizado por la ley. No se analizaron los supuestos que existieron entre la verdadera relación entre

SAI y los accionantes, en la que ésta tuvo plena autonomía e independencia técnica, administrativa y financieramente; generó el proceso de selección de los trabajadores, fue ella quien les propuso la vinculación y ellos de forma libre y voluntaria aceptaron dicho contrato, ejerció actos de subordinación como la imposición de horarios, órdenes, instrucciones, el pago de salarios, prestaciones sociales, llamados de atención, además de procesos y sanciones disciplinarias, realizó entrega de dotación, elementos de protección, que si tenían el logotipo de Avianca, eran cuestiones operacionales destinadas a identificar que se prestaba un servicio a favor de esa compañía, pero no que los elementos fueran de la misma.

De otra parte, el giro ordinario de los negocios de Avianca no es otro que la prestación de servicios aéreos, por lo que no es igual al de SAI, que es la asistencia en tierra, actividad que no solamente era prestada a Avianca, sino adicionalmente había otros clientes o usuarios de la misma. Respecto al auxilio de alimentación, no se puede obviar que en la realidad fue pagado mediante el casino brindado por la compañía y que era pagado por SAI, prestación que era superior a los \$100.000 acordados y que, en gracia de discusión, no se podría generar un doble pago por el mismo concepto; por lo que, en caso de confirmar esta condena, solicita la compensación de los valores que fueron efectivamente brindados a los demandantes en el casino.

IV. CONSIDERACIONES

Conforme al recurso de apelación, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, corresponde a la Sala establecer, en primer término, si en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, es posible determinar la existencia del contrato de trabajo entre los demandantes y Avianca S.A. y, si se presentó el fenómeno de la intermediación laboral con Servicopava y Servicios Aeroportuarios Integrados SAI S.A.S. En caso afirmativo, deberá verificarse la prosperidad de la excepción de compensación, la prescripción de la sanción por la no consignación de las cesantías en el fondo, así como la verificación de la buena o mala fe para su imposición, la procedencia de los beneficios del plan voluntario de

Avianca y, las costas. Finalmente, deberá verificarse si, respecto del contrato existente con la empresa SAI S.A.S., se concedió al trabajador el auxilio de alimentación.

i) Del contrato realidad.

Para responder tal cuestionamiento, comienza la Sala por recordar que el artículo 70 de la Ley 79 de 1988, define las cooperativas de trabajo asociado como aquellas que vinculan el trabajo personal de sus afiliados para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios. El artículo 59 de la misma norma, señala que el régimen de trabajo será establecido en los estatutos o reglamentos de la cooperativa y no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes.

Igualmente, el Decreto 0468 de 1990 dispone en su artículo 9 que *“las cooperativas de trabajo asociado de conformidad con la ley regularán sus actos de trabajo con sus asociados, mediante un régimen de trabajo de previsión y seguridad social y de compensaciones, el cual deberá ser consagrado en los estatutos o por medio de los reglamentos adoptados”*.

Por su parte, el Decreto 4588 de 2006, en su artículo 3º señala que las cooperativas y preoperativas de trabajo asociado *“Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”*.

Dicho precepto, también en sus artículos 16 y 17, prohibió la intermediación laboral de las cooperativas de trabajo asociado, al disponer que:

“Artículo 16. Desnaturalización del trabajo asociado. El asociado que sea enviado por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, configurando la prohibición

contenida en el artículo 17 del presente decreto, se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo”.

“Artículo 17. Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes”

En el mismo sentido, de conformidad con el numeral 1º del artículo 7º del Decreto 1233 de 2008, *“las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión. En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado”.*

Paralelamente, el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 establece que el personal requerido en *“toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes”.*

En ese horizonte, es dable afirmar que estas formas asociativas (cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado) no pueden utilizarse para vulnerar garantías laborales y evadir las obligaciones que emergen de un verdadero contrato de trabajo.

De otro lado, anota la Sala que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Esta disposición, ha de entenderse en el sentido que al trabajador le basta demostrar la prestación del servicio para que se presuma la existencia de dicha vinculación subordinada.

En el caso bajo estudio, se encuentra demostrado que los promotores del juicio estuvieron vinculados en calidad de asociados a la demandada SERVICOPAVA, así:

- i) Jorge Guillermo Vela Lancheros**, desde el 24 de mayo de 2014 al 31 de octubre de 2017, primero como Auxiliar de Operaciones Terrestres y, a partir del 1º de marzo de 2016, como Auxiliar de Conductor, lo cual se constata con las comunicaciones de asignación de funciones (fls.596 y 597), la carta de renuncia y su aceptación (fls.604 y 605) y, la liquidación definitiva de compensaciones (fl.606⁶); y
- ii) Diego Armando Gil Pulido**, desde 27 de marzo de 2017 al 31 de octubre de 2017, como Agente de Operaciones Terrestres, lo que se corrobora con las comunicaciones de asignación de funciones (fls.678 y 679), la carta de renuncia y su aceptación (fls.684 y 685) y, la liquidación definitiva de compensaciones (fl.689⁷).

Conforme a lo anterior, comprobada la prestación personal del servicio, se traslada la carga de la prueba a las demandadas para que demuestren que el vínculo que las unió con los demandantes es de naturaleza diferente al laboral o con ausencia de subordinación.

Para el efecto, SERVICOPAVA allegó copia de los estatutos que la gobiernan (fls.46 a 84); el régimen de trabajo asociado y de compensaciones (fls.442 a 464); la oferta mercantil presentada por Servicopava a Avianca S.A. el 1º de agosto de 2003 y el 5 de febrero de 2009, con sus respectivos otrosí; cuyo objeto fue la prestación de servicio de apoyo técnico, administrativo y operativo, con total autonomía técnica administrativa y financiera, bajo su propio riesgo y dirección y con sus propios asociados (fls.38 a 78); el contrato de comodato precario celebrado entre la cooperativa y Avianca S.A. para utilizar bienes exclusivamente para realizar actividades comprendidas en la oferta comercial, sus otrosí y anexos (fls.82 a 461); así como, las comunicaciones dirigidas a

⁶ Archivo: 005ContestacionSERVICOPAVA

⁷ Archivo: 005ContestacionSERVICOPAVA

Servicopava, en las que la aerolínea le informa, el 28 de septiembre de 2017 sobre la terminación del contrato surgido de la aceptación de la oferta mercantil y, el 12 de septiembre de la misma anualidad, la reducción de servicios aeroportuarios terrestres (fls.462 y 463).⁸

Igualmente, se aportó certificación de Servicopava del 23 de enero de 2018, en la que se indica que entre el 1º de septiembre y el 31 de diciembre de 2017, la cooperativa tuvo un total de 5386 retiros (fl.464); comunicación mediante la cual solicitó a la Supersolidaria el control de legalidad para la disolución y liquidación de la cooperativa (fls.465 a 468) y; certificación del 27 de septiembre de 2018, en donde se plasma que por Acta n.º 22 de Asamblea General Ordinaria de Asociados celebrada el 26 de febrero de 2018, fue declarada disuelta y en estado de liquidación (fl.469)⁹.

También obra acuerdo cooperativo de trabajo asociado suscrito el 27 de mayo de 2014, entre el demandante Jorge Guillermo Vela Lancheros y SERVICOPAVA (fls.585 a 586), así como, el suscrito entre la cooperativa y Diego Armando Gil Pulido el 27 de marzo de 2017 (fls.663 a 664); sus respectivos acuerdos complementarios (fls.587 y 665); las respectivas solicitudes de afiliación a la cooperativa suscritas por cada uno de los demandantes (fls.588 y 670) y, comunicaciones de aceptación dirigidas a cada demandante (fl.589 y 671); las comunicaciones suscritas por cada actor mediante las cuales autorizan a SERVICOPAVA a realizar descuentos de sus compensaciones ordinarias y extraordinarias y, auxilios cooperativos o beneficios (fls.590 y 672); certificado expedido por COOPAVA ECA, acreditada y autorizada por DANSOCIAL en que se hace constar que los demandantes asistieron al curso básico de economía solidaria por 20 horas (fls.593 y 673); la constancia de entrega de documentos al trabajador asociado y de entrega de dotación (fl.591, 600, 674 y 675); certificación de inducción de ingreso a la cooperativa (fls.601 y 676); comunicación dirigida a los accionantes respecto del cumplimiento de compromisos comerciales (fl.592 y 681); comunicación respecto del beneficios de transporte (fl.594 a 595 y 682 a 683).

⁸ Archivo: 005ContestacionSERVICOPAVA

⁹ Archivo: 005ContestacionSERVICOPAVA

Respecto a la terminación del convenio, se aportó comunicación adiada del 31 de octubre de 2017 dirigida a Servicopava por cada uno de los demandantes, mediante la cual presentan formalmente renuncia a sus respectivos cargos (fls.604 y 684); cartas de aceptación fechadas 3 de noviembre de 2017 (fls.605 y 685); las respectivas liquidaciones definitivas por compensaciones por terminación del convenio de asociación (fls.606 y 686); fichas técnicas del trabajador asociado (fls.607 y 688) y; paz y salvo general (fls.608 y 689).

Paralelamente, respecto del demandante Jorge Guillermo Vela Lancheros, se anexó comunicación de plan de descanso anual (fl.599); solicitud de permisos por calamidad doméstica (fls.612 a 626); citación a descargos y acta de inasistencia (fls.627 a 628); la inscripción de a la Caja de compensación Cafam con sello de radicación del 26 de mayo de 2014 (fl.629); certificado de afiliación a la AFP Pensiones y Cesantías Colfondos (fl.630); formulario de afiliación a la EPS SaludCoop (fl.631); el certificado de afiliación de este demandante a la ARL Equidad Seguros a través de Servicopava (fl.633) y; formato de solicitud de elementos de protección personal y entrega (fls.657 a 662). Y respecto de ambos demandantes, el histórico de compensaciones y pagos cancelados a cada actor por la cooperativa (fls.634 a 640 y 693) y; las planillas de pago de aportes a seguridad social integral (fls.641 a 656 y 694 a 697).¹⁰

De otra parte, el accionante Jorge Guillermo Vela Lancheros, además aportó copia de carné de El Dorado, en el que se identifica como Auxiliar conductor de Avianca-Servicopava, expedido el 1º de julio de 2017, copia del carné de SAI, como operario de equipos (fl.87), copia de carné con logo de Avianca, como Auxiliar Conductor (fl.88); fotografías de quien parece ser el demandante portando uniforme con el logo de Avianca, en algunas de ellas frente a equipos con el mismo logo (fls.90 a 94); solicitud reexpedición de carné por pérdida del funcionario, dirigida por la Gerencia de operaciones terrestres de Avianca a la OPAIN, de fecha 18 de diciembre de 2015 (fl. 101); correo electrónico dirigido entre otros al demandante, por el área de operaciones terrestres de Avianca con asunto: “Desenganche

¹⁰ Ibídem.

rápido”, del 19 de noviembre de 2016 (fl.102) y, otro del 28 de mayo de 2015, al parecer del aeropuerto El Dorado, referente a la aprobación del curso HSEQ en donde se relaciona al accionante con la empresa Avianca (fl.103). Así mismo allegó otros correos relacionados con esta empresa y certificados de aprobación de curso, fechados con posterioridad al 1º de noviembre de 2017.¹¹

Por su lado, Diego Armando Gil Pulido allegó, además, copia de carné con logo de Avianca, en el que se identifica como Agente de Operaciones Terrestres, con fecha de vencimiento diciembre de 2017 (fl.134) y, copia de dos carnés de SAI, como Conductor, con fechas de vencimiento diciembre de 2019 y diciembre de 2020 (fl.133 y 135).

En el interrogatorio de parte, **Jorge Guillermo Vela Lancheros**, aceptó que suscribió convenio de asociación con Servicopava, en virtud del cual presentó un proceso de selección, manifestando que le dijeron que trabajaría mediante Servicopava a Avianca. Que le reconocían compensaciones mensuales semestrales y anuales. Según las capacitaciones, el convenio de asociación era para el cargo de auxiliar de asistencia en tierra, para hacer cargue y descargue de los aviones de Avianca. Al momento del ingreso realizó un curso de cooperativismo; diligenció un formato para la entrega de dotaciones, que afirma se la suministraba Avianca, aunque luego acepta no tener conocimiento de a cuál empresa pertenecía el personal que se los entregaba. Durante su vinculación con la cooperativa, fue ésta quien lo afilió a caja de compensación y a fondo de pensiones. Manifiesta que duró casi 2 años en operaciones terrestres y después fue ascendido por Servicopava, para Auxiliar Conductor, entrega de equipajes, para la aerolínea Avianca.

Aduce que suscribió contrato de trabajo con la sociedad SAI S.A.S.; que de un día para otro les informaron que tenían que dirigirse a la CEO de Avianca, a la calle 26, que iban a pasar a SAI Avianca Holdings; quien le ha reconocido salarios prestaciones sociales; si necesita permiso es a ésta a quien se lo solicita. Recibió liquidación al momento de finalización de su convenio asociativo con Servicopava antes de pasar a SAI; en esta

¹¹ Archivo: 001Demanda

empresa ha sido objeto de procesos disciplinarios y objeto de sanciones disciplinarias como suspensiones o llamados de atención. El cargo que ha desempeñado en SAI es el de Operador de Equipos, aunque suscribió el contrato para el cargo de Conductor; pactando como salario la suma de \$900.000; que en el momento en que firmó el contrato les dijeron que trabajarían para Avianca. En cuanto a la asignación de turnos y horarios, siempre ha sido a través de un sistema de turnos; tiene jefes de turno y coordinadores; ha recibido dotación por parte de SAI, pero también tiene el logotipo de Avianca Holdings. Para las vacaciones manejan una plataforma de inscripción; para una certificación laboral, ingresa a la plataforma y sale con nombre de Avianca Holdings. Acepta que desde que estaba en Servicopava ha hecho uso del casino de alimentación, dependiendo del turno, para desayunar, almorzar o cenar. Desde que está vinculado a través de SAI ha recibido el pago completo y oportuno de todas las acreencias laborales.

Por su parte, **Diego Armando Gil Pulido**, también acepta haber suscrito un acuerdo con Servicopava, el 27 de marzo de 2014⁷, para el cargo de agente de operaciones terrestres, a través de un proceso de selección y, en virtud del que recibió compensaciones mensuales, semestrales y anuales. Así como la liquidación de sus compensaciones. No recuerda haber sido objeto de procesos disciplinarios; si requería un permiso lo solicitaba por la plataforma de la empresa. Servicopava le hizo inducción de la operación. Afirma que todo lo que firmaba era de Avianca. Supone que la afiliación a seguridad social la hizo la cooperativa porque era a la que le estaba prestando el servicio. Dice que firmó con la cooperativa como asociado porque necesitaba trabajar; acepta que firmó autorización para que se le hicieran los descuentos de aportes sociales. Para finalizar octubre Servicopava les hizo firmar una renuncia a todo el personal de la compañía, los citaron en el edificio de Avianca de la 26 y si no firmaban se quedaban sin trabajo.

Suscribió contrato individual de trabajo a término fijo con la sociedad SAI S.A.S., para desempeñarse como auxiliar de operaciones terrestres. Posteriormente hubo cambio de cargo a través de una convocatoria, pasó al cargo de Conductor, aproximadamente para febrero o

marzo de 2018. SAI siempre le reconoció salarios y prestaciones sociales, una sola vez tomó vacaciones, que se programaban por la plataforma de SAI. Esta empresa le entregó dotaciones. Durante este vínculo hizo uso del auxilio de alimentación, que afirma que se lo daba era Avianca, pues en el tiquete decía aparecía esta empresa; hizo uso del casino de alimentación, por turno era una comida. Su contrato con SAI finalizó el 6 de noviembre de 2020, le pagaron la liquidación aunque no verificó si estaba bien. SAI le hizo el pago de todos sus aportes a seguridad social. No tenía jefes directos, tenía supervisores diferentes y jefes de turnos diferentes.

Al rendir declaración, **Diana Carolina Guette Osorio, representante legal de Avianca**, aceptó que dentro del objeto social de su representada se encuentra el desarrollo de las actividades aeroportuarias, que la compañía hizo un estudio a nivel mundial donde se determinó que todas las empresas que se dedicaban al transporte aéreo de personas, tercerizaban el servicio de transporte en tierra a compañías especializadas, en aras de mejorar el servicio y de tener una mayor calidad, por lo que se prestó a través de Servicopava por una oferta mercantil, quien hacía uso de las herramientas y demás elementos de propiedad de Avianca, en virtud de un contrato de comodato; asimismo, se obligó a brindar alimentación y transporte. Aclara que no existen sanciones activas en contra de la compañía, teniendo en cuenta que se llegó a un acuerdo de formalización laboral, que se ha venido cumpliendo a través de la empresa SAI, a partir del 1º de noviembre de 2017 y, que los actores estaban incluidos en ese acuerdo. Explicó que la Aeronáutica Civil exige que las personas que se hallen en el aeropuerto estén debidamente identificadas, por eso es la encargada directa de emitir carnés y, precisa las normas para que los uniformes se identifiquen con los colores y las insignias pertinentes.

Existen manuales operativos que sirven de guía para el desarrollo del proceso de asistencia en tierra, porque en algún momento de la historia de Avianca, brindó directamente ese servicio. Respecto de los tiquetes, es una práctica comercial en la que se ofrecen tiquetes a los aliados comerciales o a los asesores, lo que no significa per se la existencia de un contrato de trabajo. Los demandantes vinculados con Servicopava debían realizar capacitaciones dentro de la plataforma “Avancemos”.

Avianca debía solicitar las autorizaciones para el ingreso de los cooperados, ante las entidades del aeropuerto OPAIN, por ser quien cuenta con los permisos aeronáuticos y; utilizaban los controles biométricos de propiedad de Avianca instalados en el aeropuerto el dorado, para el acceso. Los demandantes vinculados por la empresa SAI hacen uso del beneficio de alimentación en las instalaciones del casino de Avianca, así como de los tiquetes, como todos los aliados estratégicos y; explica que Avianca toma una póliza de seguro para garantizar el bienestar a futuro de los trabajadores y contratistas que prestan servicios en el aeropuerto.

Nicolás González Herrera, liquidador de Servicopava, manifestó que los demandantes se vincularon a la cooperativa mediante un acuerdo asociativo, dentro del cual hacía parte del equipo que trabajaba para los procesos y sub procesos que prestaba Servicopava a la empresa cliente Avianca; que les fue suministrada dotación con distintivos propios de Avianca, en cumplimiento de las reglamentaciones de la aeronáutica civil. Para el desarrollo de las operaciones de asistencia en tierra no requerían autorización, eran servicios de parqueo, remolque señalización, manejo para maquinaria de apoyo, transporte terrestre de pasajeros dentro de las instalaciones aeroportuarias. Utilizaban los elementos propiedad de Avianca en virtud de un contrato de comodato, porque la normatividad así lo permite. La aeronáutica civil expedía el carné para el acceso a zonas restringidas del aeropuerto y, aunque se indica la empresa cliente Avianca, también se identifica plenamente que es trabajador asociado de la cooperativa y era ésta quien asumía los costos y trámites. Los demandantes eran beneficiarios de los programas de tiquetes que ofrece Avianca a contratistas y proveedores; hacían uso de los casinos del aeropuerto El Dorado, aclarando que no son propiedad de Avianca; utilizaban las rutas de transporte que también trasladaba a los trabajadores de la aerolínea, en virtud de la oferta mercantil y era un valor que le cobraba a Servicopava.

El Ministerio de Trabajo redactó los acuerdos de formalización laboral suscritos con la aerolínea Avianca, en el que la cooperativa no participó, pues su misma naturaleza se lo impedía. El control de ingreso se hacía mediante reloj biométrico propiedad de Servicopava, para uso

exclusivo dentro del programa de turnos que tenía diseñado la cooperativa. Los accionantes recibían capacitaciones técnicas por parte de Avianca de conformidad con lo acordado en la oferta mercantil, pues la cooperativa como oferente debe ajustarse a la reglamentación y procedimientos que el destinatario tenga establecidos para la prestación de sus servicios. Servicopava entregaba a sus asociados una carta al momento de su ingreso a la cooperativa notificándoles sus funciones, pero ellos podían acceder a las plataformas de Avianca para consultar los manuales.

La representante de Servicios Aeroportuarios Integrados SAI S.A.S. en su declaración indicó que, con ocasión del acuerdo de formalización en el 2017, se formalizaron unos trabajadores que prestaban servicio para otra empresa, entre ellos los demandantes, por lo que la compañía invitó a cada uno y les puso de presente las condiciones especiales sobre las cuales iban a ser contratados y cada trabajador de manera libre y voluntaria accedió a suscribir este contrato de trabajo; en la que SAI no se obligó a mantener las condiciones en las que estaban con anterioridad, toda vez que las desconocíamos, porque no hacían parte de esa empresa. Informa que entre sus clientes están Avianca, Iberia, Delta, turkish.

En el proceso de asistencia en tierra, utiliza las herramientas o logos y colores distintivos de Avianca, pero los equipos señalan que son operados por SAI; aclara que una cosa es como están pintados y otra quién es el dueño y, el dueño es SAI. El beneficio de alimentación, pagado y entregado por SAI y que se distribuye en el casino de alimentación que utilizan los trabajadores Avianca y otras empresas, como Securitas; que si bien se pactó por un valor de \$100.000 mensuales, ha sido compensado haciendo uso del desayuno, almuerzo o cena. La política de tiquetes de Avianca, es un beneficio que otorga en virtud de hacer parte del grupo de Avianca holdings. El servicio de transporte lo contrata directamente SAI. Resalta que SAI es una empresa completamente independiente, autónoma y nada tiene que ver con Aerovías del continente americano.

Asimismo, a solicitud de la parte demandante se recibieron los testimonios de **Raúl Andrés Ocampo Roa y Hernán Guzmán Cubides**. El

primero manifestó haber sido compañero de trabajo de los demandantes en Servicopava, quienes eran asociados. Eran agentes, auxiliares de operaciones en tierra, sus funciones eran cargue y descargue de aeronaves, posteriormente el señor Vela Lancheros pasó a ser Conductor. Sus funciones se realizaban en las instalaciones del aeropuerto y en el puente aéreo, cargando y descargando las aeronaves de Avianca, en especial, que es la aerolínea principal que tienen a cargo y, también las clientes. Utilizaran herramientas o elementos de Avianca, chalecos, uniformes, gorras, carnés, con sus distintivos, y de Servicopava; después fue con SAI; la papelería también era de Avianca, se le rendía cuentas a Avianca y solicitaba cualquier permiso.

Se capacitaban en el edificio de Avianca, con quien tenían directamente las inducciones del proceso de asistencia en tierra. Para la utilización de los beneficios de casino y ruta, era con tiquetes Avianca y se solicitaban en la respectiva plataforma de Avianca. Servicopava tenía aparatos de control biométrico para el ingreso a las instalaciones del aeropuerto, todos tenían los mismos, fueran trabajadores de Avianca o de la cooperativa. El trámite de gestión de los carnés se realizaba a la OPAIN, a través de Nelly Cárdenas, quien pertenecía a Avianca. En el paso de Servicopava a SAI, continuaban utilizando las mismas herramientas, y siguen siendo los mismos trabajos, aeronaves, vuelos, instrucción, capacitaciones, lo único que cambio fue el nombre; en cuanto a jefes, algunos siguen. Compartí turnos con los demandantes y algunas funciones, después uno era conductor y ya no ejercían juntos, pero lo veía llegar a los vuelos.

En cuanto a las capacitaciones, eran enfocadas a temas operacionales. En caso de ser citados a descargos, eran en formatos de Servicopava. El casino era de uso privado. Indica que eran agentes, pero había varias dependencias y que, no solamente trabajaban para Avianca si no para terceros como Aeromexico, Iberia.

El testigo **Hernán Guzmán Cubides** manifestó que los demandantes fueron compañeros de trabajo en el mismo lugar de trabajo y realizando las mismas actividades, como agente de operaciones terrestres; que

incluso a él le tocó enseñarles tareas que tenían que hacer. Que José Guillermo Vela después aplicó para tractorista y lo veía trabajando, recogía el equipaje en áreas de selección y en rampa. Siempre los vio con el uniforme y prendas de Avianca, utilizaba los tractores y equipos de esa empresa, estaban bajo las ordenes de Avianca y, utilizaban equipo, indumentaria y, los elementos de protección, todo de Avianca. Afirma lo anterior porque todo tenía logos de esa empresa; eran asignados por su personal, los jefes eran de Avianca, las capacitaciones, certificaciones eran en el edificio de Avianca o por sus páginas en una plataforma que tenía. Afirma que todo era igual a los del personal directo de la aerolínea, uniformes y carnés. Debían registrar entrada y salida a través de aparatos de control biométrico propiedad de Avianca. Siempre iban a comer o cenar según el turno que tuvieran asignado, en el mismo casino, que era solo para personal de Avianca, utilizaban las rutas de transporte de los trabajadores de Avianca y; todos tenían el beneficio de tiquetes de Avianca.

En cuanto al carné, se expedía en las oficinas de OPAIN, autorizado por Servicopava y Avianca; el que tenían que presentar siempre para ingresar a la operación, decía Servicopava-Avianca, después era de SAI-Avianca Holding. Era obligatorio para todo el mundo recibir esas capacitaciones porque eran de seguridad, de todo lo referente a la operación de seguridad para atender las aeronaves de Avianca. Sus jefes o líderes, eran personal de Avianca, lo sabe porque siempre portaban el carné de Avianca y la indumentaria. Si tenían que tramitar una incapacidad o solicitar vacaciones, radicaban los papeles en las oficinas que decían Servicopava - Avianca. Aduce que al casino ingresaba a comer personal de otras empresas, pero ellos llevaban su comida, porque no había ninguno que tuviera los mismos beneficios.

Aduce que todos trabajaron hasta el 31 de octubre de 2017 con Servicopava, después fueron obligados a firmar con SAI, bajo la amenaza que podían quedar sin trabajo; allí continuaron recibiendo dotaciones y los beneficios de alimentación, ruta y tiquetes; las herramientas y elementos siguieron siendo los mismos. Empero, les quitaron beneficios monetarios. Cuando cambiaron a SAI, le fueron cambiando los logos a algunos

vehículos. No sabe que los demandantes hayan atendido ruta de alguna otra aerolínea.

Asimismo, la cooperativa demandada solicitó decretar y escuchar los testimonios de **Marlene Infante Prada y Maryein Amado Orozco**. Sin embargo, sobre la primera la demandada desistió de su práctica. La segunda indicó estar vinculada mediante convenio asociativo con Servicopava en liquidación, desde el 27 de octubre de 2014; en razón a ello conoció sobre los convenios asociativos de los demandantes, que ellos realizaron un curso de economía solidaria con énfasis en trabajo social, en el que la cooperativa les informaba en que calidad iban a ser vinculados, las compensaciones que se les iban a pagar y los beneficios que tenían. Mientras estuvieron vinculados, Servicopava los afilió y pago ARL, salud, pensiones y caja de compensación. El vínculo de los actores terminó por renuncia debidamente aceptada. Los carnés los entregaba la cooperativa; estos tenían dos caras, un lado indicaba la empresa cliente y el otro que eran trabajadores asociados de Servicopava, eso obedecía a regulación de la Opain.

Se les pagaban las compensaciones semestrales y anuales; respecto al señor Diego Armando, como llevaba muy poquito vinculado, se le pagaron al finalizar el vínculo asociativo, pero al señor Vela sí se le pagaban de acuerdo a las solicitudes que realizara y al finalizar el convenio asociativo. Al momento de ingreso a la cooperativa firmaban el formato de la talla y de los zapatos para entregar la dotación, que era entregada de acuerdo a la empresa cliente, en el caso de los demandantes la correspondiente a Avianca; primero se hacía en La soledad y después en una bodega que tenía Servicopava en Fontibón. Como cooperados acceden a muchos beneficios, eso dependía de la empresa cliente, específicamente los demandantes, tenían un auxilio extraordinario de transporte mensual, auxilio extraordinario de alimentación, beneficios como entrega de regalos en el día de la familia, en el día del niño, podían acudir a fiestas o, suscribir libranzas que solo aplicaban para trabajadores asociados de Servicopava.

Al momento de terminación de su relación asociativa, Servicopava les hizo la devolución de sus aportes sociales con sus respectivos intereses. No se afiliaban a fondo de cesantías por ser cooperativa de trabajo asociado, pues no es una obligación afiliarse al fondo a los trabajadores asociados; la cooperativa manejaba las compensaciones y ellos las podían solicitar durante la vigencia del convenio.

Avianca no tenía algún tipo de injerencia en los procesos disciplinarios que adelantara la cooperativa sobre sus asociados. Los líderes, coordinadores, trabajadores auxiliares asociados, eran de Servicopava. Si los demandantes tenían que solicitar un permiso se lo solicitaban a esos líderes y, estos a los coordinadores, debían llenar un formato de Servicopava y se cuadraba el horario para no perjudicar la operación; igualmente para el descanso anual, se hacía a través de un formato.

A su vez, a favor de SAI se decretaron y escucharon los testimonios de **Jorge Orlando Piraban Niño y Andrés Riaño Alzate**. El primero de ellos manifestó ser coordinador de nómina de SAI desde hace 7 años; por ello tiene conocimiento que a los demandantes se le pagaron salarios, prestaciones sociales, vacaciones y todas sus acreencias laborales desde el inicio de su contrato con la empresa; siempre se realizaron los pagos oportunos de seguridad social. Tenían derecho al casino de alimentación, al que todas las personas que son de operaciones terrestres tienen derecho, de acuerdo al turno que tengan, se les da el desayuno, el almuerzo o la comida, esto lo paga directamente SAI, a través de un proveedor que es el encargado de distribuirlo y, mensualmente facturan la cantidad de personas y se le paga al proveedor. También tienen ruta, dependiendo el turno que tengan, eran empresariales. Para incapacidades, existe un área para recibir todos los documentos y necesidades que tengan los trabajadores. Hay un área específica de la empresa que entrega el carné de atención al colaborador, y otro que es el de ingreso al aeropuerto; ese carné es de SAI, no tiene logo de Avianca.

Andrés Riaño Alzate, Gerente de Operaciones de SAI, desde el 1 de noviembre del 2017, adujo ser la persona encargada de liderar todo el proceso de operación en tierra de las aeronaves, en los aeropuertos de

Bogotá y Colombia para las diferentes aerolíneas clientes que tienen contratos comerciales, tales como Iberia, Delta, Spirit, Avianca, Viva, Easy Fly, Aero México, entre otras. En todas las áreas tienen unas personas que supervisan, lideran y coordinan cada área que son los jefes directos. Cada cargo tiene especificadas sus herramientas, suministradas por SAI, quien es su dueño; lo sabe porque cuando se hizo la configuración de la compañía, SAI adquirió los equipos que en su momento estaba operando Avianca, aunque existen algunos que aún tiene el logo de la aerolínea, es porque están en un proceso de transición en estos cambios.

Para la solicitud de vacaciones, se tramita a través un link donde las personas hacen su solicitud y posteriormente si es aprobado, con el área de turnos ya se hace una comunicación y son asignadas. En cuanto al casino de alimentación dice que es un beneficio que SAI tiene para todos los colaboradores, está ubicado en el aeropuerto El Dorado y simplemente deben acercarse y con su número de cédula tienen acceso a las diferentes comidas, dependiendo el turno tienen derecho a desayuno, almuerzo o comida; es el mismo casino para todas las empresas del aeropuerto que tengan contrato, el cual utiliza también *Securitas*. Respecto a la dotación y elementos de protección personal, aduce que cuando las personas ingresan nuevas a la compañía se les proporciona todos sus elementos de protección personal, los cuales entregan una parte en el aeropuerto con el área de seguridad y trabajo de SAI y otra parte con el proveedor que se llama Big Job, que está ubicado en Álamos; esta tiene logos, por regulación de OPAIN, deben tener un color reflectivo, unas cintas y debe indicar la compañía a la cual pertenece; el logo es el de la empresa, que en este caso sería SAI. El área de seguridad corporativa de SAI es la que se encarga de hacer todo el trámite del carné ante OPAIN y ésta se lo entrega al área de seguridad corporativa, quien se lo entrega a cada persona en las instalaciones del aeropuerto.

Respecto del tiempo anterior al 1º de noviembre de 2017, manifiesta que también estuvo vinculado a Servicopava, y que allí se manejaba la estructura de líderes de rampa y de terminal, que eran asociados de la cooperativa, como este testigo, que fue líder y era asociado de Servicopava.

Por su parte, la demandada AVIANCA S.A., solicitó decretar y escuchar el testimonio de Juan Pablo Arbeláez Arango, de cuya práctica desistió.

Analizados los medios de prueba en conjunto, conforme al artículo 61 del Código de Procedimiento del Trabajo, estima la Sala, que en el presente asunto las demandadas logran desvirtuar la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo con respecto a Avianca S.A., pues la prueba recaudada permite colegir que los demandantes se desempeñaron de manera autónoma o autogestionaria con la Cooperativa de Trabajo mientras estuvo vigente el convenio asociativo, quien ejercía el poder disciplinario sobre el trabajador. Además, conforme a los medios probatorios obrantes en el expediente se verifica que la Cooperativa se servía de sus propios medios operacionales para llevar a cabo la labor al utilizar los elementos de trabajo y acondicionamientos físicos que Avianca S.A., le entregó en comodato según el contenido del contrato de folios 82 a 461¹².

Así se desprende de la prueba documental aportada al plenario, según los cuales entre Avianca S.A. y Servicopava se suscribió un contrato surgido de la aceptación de la oferta mercantil de la compra de servicios, luego se insiste que, nada diferente arroja esta documental más allá que la prestación del servicio fue desarrollada por esta última de manera autónoma y autogestionada. Es decir, que no existen pruebas que demuestren que la ejecución de las labores se hubiera desarrollado en condiciones distintas a las propias de un asociado cooperado que es lo único que arroja la lectura de la documental aportada.

Nótese como los documentos aportados evidencian que hubo una afiliación por parte de los demandantes a Servicopava, que se les pagaron compensaciones y demás emolumentos propios del régimen de las cooperativas de trabajo, incluso la cooperativa fue quien les otorgó permiso para atender calamidades domésticas y adelantó el trámite de descargos para un proceso disciplinario; lo que permite concluir que la labor fue propia de un régimen cooperado. Lo anterior también se corrobora con la

¹² Archivo: 005ContestacionSERVICOPAVA

comunicación de fecha 27 de mayo de 2014 dirigida al accionante Vela Lancheros en calidad de asociado, en la que la cooperativa le indica las responsabilidades requeridas por la empresa cliente, en ejercicio de las actividades de apoyo técnico, administrativo y operativo en “Avianca-Sam-Deprisa”, así como la logística de cargue, descargue y alistamiento de aeronaves atendidas por “Avianca/SAM y aerolíneas clientes”; denotando con ello que no estaba supeditada a una sola empresa¹³; lo que también se corrobora con el dicho de los testigos, como el de Raúl Andrés Ocampo Roa, testigo traído por la parte actora, quien manifestó que no solamente trabajaban para Avianca si no para terceros como Aeroméxico e Iberia.

De otro lado, no se evidencia que los actores recibieran órdenes de personal directamente vinculado a Avianca S.A.; por el contrario, todos los testimonios conducen a que si bien tenían líderes en rampa y en la terminal, estos también estaban vinculados a la cooperativa como asociados, como lo fue el testigo Andrés Riaño, quien durante su vinculación a Servicopava, fungió como líder de otros cooperados; y, aunque los elementos con que ejecutó sus funciones eran de propiedad de Avianca S.A., se demostró que estos fueron entregados en comodato a Servicopava, como se colige de la documental allegada.

Ahora, de las declaraciones rendidas por las partes y los testigos, se desprende que las directrices las impartía la Gerencia de Servicopava a los coordinadores o líderes, quienes también eran asociados de la cooperativa, y estos, a su vez, las transmitían a los otros cooperados y; en cuanto a los controles biométricos, no eran de uso exclusivo de Avianca, pues todos los empleados ingresaban por esos mismos filtros. Igualmente, en lo referente a que los carnés y uniformes utilizados por los accionantes, tenían también los colores y logo de Avianca, además del nombre de la cooperativa, del dicho concordante de los declarantes, se logró desprender que tal identificación es exigida por las autoridades aeronáuticas, para control dentro del aeropuerto, aunado a que como quedó visto, se diferenciaban del personal de la aerolínea, puesto que se identificaban también con el nombre de la Cooperativa.

¹³ FI.592, 005ContestacionSERVICOPAVA

Respecto del uso del casino ubicado en las instalaciones del aeropuerto, tampoco logró demostrarse que fuera de uso exclusivo de los trabajadores de Avianca y, por el contrario, también se acreditó que accedían trabajadores de otras empresas como Securitas. Aunado a lo anterior, con la documental allegada se logra verificar que era Servicopava quien proveía dicho beneficio al menos desde el año 2007; al igual que las dotaciones para el año 2006 (fls.473 a 584, 005ContestacionSERVICOPAVA).

Cumple precisar que, las actividades misionales y permanentes son las que están en conexidad directa con la misión de la empresa, esto es, con su razón de ser, sin que se verifique tal situación de las ejecutadas por los accionantes. Es así como los demandantes ejercían funciones de auxiliar de asistencia en tierra, teniendo como responsabilidad, entre otras, el cargue/descargue y alistamiento de las aeronaves; funciones que no pertenecen al orden misional de la empresa, si se revisa el objeto de ésta, que se encuentra en el certificado de existencia y representación legal, cuya actividad principal registrada es el transporte aéreo nacional e internacional de pasajeros y, como secundaria, el transporte aéreo nacional e internacional de carga, en el cual se destaca *“la explotación comercial de los servicios de transporte (i) aéreo, en todas sus ramas, incluidos los servicios postales en todas sus modalidades, así como todos los servicios relacionados con las aplicaciones comerciales, técnicas y científicas de la aviación civil, incluyendo servicios aeronáuticos y aeroportuarios”*; denotando que las actividades desarrolladas por los accionantes no se encuentran incluidas como actividad misional permanente, se insiste, las operaciones terrestres, ni menos las de conductor, en los términos en que desarrollaban sus actividades.

También resulta importante recordar que, que a las cooperativas de trabajo asociado les está permitido contratar con terceros procesos productivos y, dentro del objeto social de la cooperativa se encontraba el proceso administrativo de servicios aeroportuarios, para lo cual suscribió un contrato con Avianca, que ejecutó de manera autónoma desde el año 2003.

Importa advertir que, aun cuando los deponentes traídos al proceso por la parte actora, se esfuerzan en manifestar que estaban supeditados a Avianca, en general, sus respuestas están más enfocadas a su propia situación.

Así las cosas, en criterio de Sala, las demandadas cumplieron con el deber que les 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 demostraron que los demandantes como asociados cooperados, prestaron a AVIANCA S.A. servicios de manera independiente y autogestionada, por lo que se desvirtúa la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo. En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia, para en su lugar, absolver de las declaraciones y condenas derivadas de una verdadera relación laboral contractual con Avianca S.A.

Cumple precisar que, si bien existen pronunciamientos en sede de tutela de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en los que se ha declarado la existencia del contrato realidad en procesos similares al que ahora ocupa la atención de la Sala, contra las mismas enjuiciadas, cada proceso debe analizarse de conformidad con las pruebas traídas en cada caso concreto. Es así, como esta misma Sala de decisión, en oportunidades anteriores, en las que sí se demuestra la configuración del derecho y no se desvirtúa el elemento esencial de la subordinación, ha atendido las pretensiones de la parte actora declarando la existencia del contrato de trabajo; situación que en el sub lite, no ocurrió.

En el mismo entendido, al desvirtuarse la existencia de un verdadero contrato de trabajo con Avianca a través de Servicopava, queda sin piso también la continuidad con Servicios Aeroportuarios Integrados SAI S.A.S., máxime si se tiene en cuenta que, además de no tener relación la cooperativa de trabajo asociado Servicopava con SAI, al terminarse el convenio asociativo por parte de los accionantes el 31 de octubre de 2017, como se verifica con la carta de renuncia, no se puede hablar de una continuidad en el servicio a partir del 1º de noviembre de 2017. Así las cosas, al no haber demostrado los demandantes una afectación a la

capacidad, consentimiento, y objeto y causa lícita en la renuncia presentada a la cooperativa, o que fue objeto de indebida presión o amenaza, los contenidos de tales documentos resultan válidos.

Igualmente, aunque no fue objeto de debate la existencia de un contrato de trabajo a término fijo, suscrito entre los demandantes y Servicios Aeroportuarios Integrados – SAI S.A.S., a partir del 1º de noviembre de 2017, que por demás obran en el proceso (fls.129 a 133 y 293 a 297¹⁴), en virtud del acuerdo de formalización del 31 de octubre de 2017, entre Avianca, SAI y en coordinación y dirección del Ministerio de Trabajo, en el que la empresa se comprometió a contratar laboralmente con vocación de permanencia, a los trabajadores asociados a la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava, asignados a los procesos de atención a pasajeros y puntos de venta aeropuertos, que hubieran manifestado expresamente su voluntad de migrar a Avianca S.A., quedó expresamente anotado que tales contrataciones serían a través de Servicios Aeroportuarios Integrados SAI S.A.S., bajo la figura de un contrato de trabajo a término fijo a un año (fls.457 a 716¹⁵).

Y en el mismo sentido, se logró verificar, que los servicios no se prestaron exclusivamente para la aerolínea, sino que en cumplimiento de la nueva relación laboral los trabajadores se obligaron a prestar los servicios para los clientes de SAI, entre ellos, Avianca, Delta, Iberia y Aeroméxico. Y las condiciones en el contrato suscrito entre los actores y SAI, atienden a la capacidad de negociación existentes entre las partes, sin que con las mismas se demuestre afectación o vulneración de los derechos de los trabajadores.

ii) Del auxilio de alimentación pactado con SAI

Reprocha la recurrente SAI la condena impuesta por este concepto, arguyendo que en la realidad fue pagado mediante el casino brindado por la compañía por parte de la empresa, sin que se pueda generar un doble pago por el mismo concepto.

¹⁴ 007ContestacionServicios aeroportuarios.

¹⁵ 007ContestacionServicios aeroportuarios.

La juez de primer grado impartió condena por este beneficio, de conformidad con lo pactado en los contratos de trabajo suscritos por los demandantes y SAI S.A.S., visibles a folios 129 a 133 y 293 a 297 del archivo *007ContestacionServicios aeroportuarios*.

Revisado el contrato de trabajo de cada uno de los demandantes, se observa que en la cláusula cuarta, las partes acordaron beneficios no constitutivos de salario en los términos del artículo 128 del CST, en dinero o en especie y, para tal efecto se estipuló:

*“CLÁUSULA CUARTA: Las partes acuerdan, expresamente, que de conformidad con el artículo 128 del CST no constituyen salario los pagos o reconocimientos que se le hagan al TRABAJADOR **en dinero y/o especie** por concepto de beneficios o auxilios ocasionales o habituales acordados estatutaria, convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por SAI, tales como: **Alimentación**, habitación, vestuario, hoteles, aguinaldos, pasajes, uniformes, sobresueldos, primas o bonificaciones extralegales o cualquier otro beneficio similar a los anteriormente enunciados. De la misma manera, no constituyen salario todos aquellos auxilios económicos que por circunstancias determinadas otorgue la Compañía a sus trabajadores.*

En particular y sin perjuicio de lo anterior, se conviene que, en virtud del presente contrato, se entienden como beneficios o auxilios no constitutivos de salario entregados a EL TRABAJADOR, los siguientes:

*a) **AUXILIO DE ALIMENTACIÓN: Por una suma mensual de CIEN MIL PESOS MCTE (\$100.000)***

(...)” Resaltado de la Sala.

No obstante, de la cláusula transcrita, no se pacta en parte alguna que dicho beneficio debe ser necesariamente pagado en efectivo, por el contrario, de la lectura integral de su contenido, se deja claro que los beneficios otorgados al trabajador pueden ser en dinero o en especie; por lo que es dable entender, que el valor de los \$100.000 pesos allí indicados, podía otorgarse en cualquiera de sus dos modalidades.

Es así como, con las declaraciones de la totalidad de deponentes, incluidas las de los mismos accionantes, quedó acreditado en el plenario que recibieron durante todo el tiempo de vinculación el correspondiente beneficio en especie, así, aceptan que hacían uso del casino de alimentación del aeropuerto en cada turno, recibiendo desayuno, almuerzo

o cena, dependiendo del turno que cumplieran. Lo anterior se corrobora con la documental visible de folios 225 a 269 y 391 a 428, del archivo “007ContestacionServicios aeroportuarios (sic)”, en donde se relaciona el artículo entregado a cada uno de los actores, fecha, turno y terminal, a nombre de SAI. Así las cosas, es claro para esta Sala de decisión, que no puede condenarse al pago de los \$100.000 mensuales, pues le asiste razón a la recurrente en que ello conllevaría a un doble pago por un mismo concepto. En consecuencia, se revocará también la condena impuesta en este aspecto, para en su lugar disponer su absolución.

De conformidad con las consideraciones expuestas, se revocarán las declaraciones y condenas impartidas en primera instancia, para en su lugar, absolver a las enjuiciadas de la totalidad de pretensiones incoadas en la demanda y, en consecuencia, por sustracción de materia, la Sala se releva del estudio de los demás puntos objeto de alzada.

Costas de primera instancia lo serán a cargo de la parte demandante. No se causan costas en la alzada.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 28 de abril de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de la totalidad de pretensiones incoadas en la demanda.

SEGUNDO: Costas de primera instancia a cargo de la parte demandante. No se causan costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

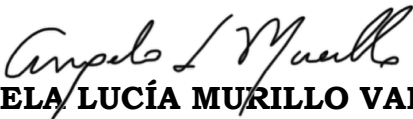


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



Magistrado
SALVO VOTO



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 028 2022 00049 01
DEMANDANTE: PEDRO ENRIQUE MORENO ROJAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.,
COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y,
SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de agosto de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado el 13 de mayo de 1994, a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A., y las posteriores a la AFP Colfondos, Old Mutual, hoy Skandia y nuevamente Protección. En consecuencia, se ordene a ésta última, a trasladarlo, junto con todos los valores recibidos por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados, al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; y a ésta, a recibirlo como afiliado sin solución de continuidad; asimismo se condene a las demandadas al pago de costas y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 2 de noviembre de 1960. Cotizó para pensión al extinto Instituto de Seguros Sociales, del 2 de febrero de 1979 al 30 de junio de 1991. Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario diligenciado el 13 de mayo de 1994, a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A.; posteriormente efectuó traslado horizontal a Colfondos S.A., luego a Old Mutual hoy Skandia S.A. y, retornó a Protección, entidad en la cual permanece afiliado actualmente. Aduce que ninguna de las administradoras le proporcionó de manera oportuna información que resultaba imprescindible para construir un acto jurídico de afiliación voluntario, referente a los requisitos, condiciones y riesgos del cambio de régimen; no le informaron requisitos, riesgos, condiciones, variables, modalidades, o pensión de garantía mínima, lo asesores no se encontraban capacitados para la debida asesoría, no le informaron de la prohibición de trasladarse después de los 52 años de edad. Manifiesta que no se encuentra pensionado. Elevó sendas peticiones a las demandadas, obteniendo proyección pensional por parte de Protección S.A., en la que advierte que su pensión en el RAIS sería muy inferior de la que obtendría con Colpensiones (archivo 01, fls.1 a 15).

Al dar contestación, **Colpensiones** se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del actor, las cotizaciones, la petición elevada y, su respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y, la declaratoria de otras excepciones. Argumentó en su defensa que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que se corrobora con la suscripción del formulario, conforme a la exigencias legales y normativas vigentes para la época; el accionante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad (archivo 05 fls.2 a 13).

La **AFP Colfondos S.A.** rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la fecha de nacimiento del demandante y la petición elevada con su respuesta. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de 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 declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea del demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, el actor no es beneficiario del régimen de transición (archivo 04 fls.3 a 19).

Skandia S.A., al contestar la demanda se opuso al éxito de las aspiraciones en su contra. En cuanto a los hechos acepto la afiliación del demandante a esta AFP, la petición elevada y su respuesta y, dijo no ser ciertos o no constarle los restantes. Propuso las excepciones que denominó: cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, 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 facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y las demás declarables de oficio. En su defensa alegó que el demandante no acreditó lo fundamentos fácticos para obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación; que la elección fue libre y voluntaria y, se materializa con la suscripción del formulario de afiliación; aduce haber cumplido el deber de información a cargo de los Fondos de Pensiones y, que el demandante se

encuentra en la prohibición legal de traslado en atención a la edad, sin que sea beneficiario del régimen de transición (archivo 07 fls.66 a 81).

Por su parte, la **AFP Protección** se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del actor, su afiliación inicial a esta AFP y su retorno, su status de no pensionado y, la petición elevada con su respuesta. Frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y, las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible al demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM y, por el contrario, se vinculó a otras administradoras de fondos de pensiones privadas (archivo 08, fls.1 a 25).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 28 de agosto de 2023 (archivo 16), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor PEDRO ENRIQUE MORENO ROJAS, al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1º de mayo de 1994, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor PEDRO ENRIQUE MORENO ROJAS identificado con C.C. 19.431.898, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, y con destino a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

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

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de todas las demandadas. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$800.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no acreditó que el actor al momento de efectuar su traslado al régimen pensional hubiese recibido una asesoría completa y oportuna acerca de las reales implicaciones de su traslado, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes Colpensiones manifiesta que no se logró probar vicios del consentimiento en la afiliación realizada por el demandante al RAIS, sino que lo fue de manera libre y voluntaria en ambas oportunidades; asimismo, el accionante se encuentra inmerso en prohibición legal para trasladarse en razón a la edad, en atención al artículo segundo de la Ley 797 del 2003, norma que tiene como fin evitar la descapitalización del fondo común de régimen solidario de Prima Media con Prestación Definida.

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 demandante.

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

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a través del Instituto de Seguros Sociales desde el 2 de febrero de 1979 al 30 de junio de 1991 (archivo 05, fls.15 a 16); migró al RAIS, a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación del 13 de mayo de 1994 (archivo 08, fl.44 y 84); posteriormente, cambió a la AFP Colfondos, a partir del 21 de enero de 1997 (archivo 04, fl.20 y 21); el 23 de enero de 2015, se trasladó de manera horizontal a Old Mutual, hoy Skandia S.A. (archivo 07, fl.98 y 103) y; finalmente, retornó a Protección el 24 de noviembre de 2015 (archivo 08, fls.84 y 93).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que el traslado a Colmena ocurrió después de una charla grupal de aproximadamente 30 minutos, en la compañía para la cual aún labora; fueron varias charlas, una por cada fondo. El asesor les dijo que muy probablemente el Seguro Social iba a estar quebrado, se iba a cerrar, entonces ese era el motivo por el cual les decían que se acogiesen a un fondo privado de pensiones, como era Colmena en ese momento. Se decidió por Colmena porque le dijeron que este era el fondo que más rendimientos iba a causar para las pensiones. Fue el mismo asesor quien llenó parte del formulario y yo lo único que él hizo fue llenar cédula, nombre, dirección y firma. Sus traslados horizontales obedecen a que le ofrecían mejores rendimientos y mejor liquidez. Quiere retornar a Colpensiones porque en el RAIS va a ser muy por debajo de la pensión que

tendría en Colpensiones y porque es el fondo del Estado. No buscó retornar a Colpensiones porque solo ahora se enteró que no era verdad que eran mejor los fondos privados. Considera que la información no fue suficiente porque lo que le dijeron es que los rendimientos y la asignación mensual en pensión iba a ser mucho mejor que en el Seguro Social, pero no que ese valor podía fluctuar o podía bajar, nunca le dijeron que iba a estar muy por debajo la asignación mensual comparado hoy con Colpensiones. Cuando se trasladó a Colfondos, lo hizo porque los compañeros de trabajo le dijeron que este fondo ofrecía mejores rendimientos, pero no recibió ningún tipo de asesoría, solo llenó el formulario y lo suscribió.

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 Colmena, hoy Protección 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).

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

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que 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 Protección S.A., administradora a la que se encuentra actualmente afiliado el accionante, deberá devolver 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). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). Por tanto, la sentencia modificada en este aparte para incluir la condena por rendimientos y comisiones.

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Colfondos S.A. y Skandia 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 el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en este aparte. 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).

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.

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.

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 activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia.

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 Veintiocho del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de agosto de 2023, 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. Asimismo, **CONDENAR** a la AFP Colfondos S.A. y Skandia 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

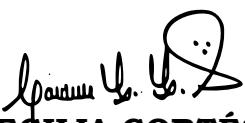
aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: 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 lo demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 028 2021 00581 01
DEMANDANTE: WILSON SERNA QUINTERO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de julio de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia de la afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Protección S.A., y la posterior a la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a las AFP, retornarlo junto con todos los valores, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e interés, con los rendimientos que se hubieren causado al RPM administrado por Colpensiones; y a ésta, a recibirlo y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad; asimismo se condene a las demandadas al pago de costas y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que estuvo afiliado al ISS desde el mes de marzo de 1989 hasta el mes de noviembre de 1998, acumulando 837.43 semanas. En esa fecha se trasladó a la AFP Protección y, en octubre de 2001 a la AFP Porvenir. Aduce que, al momento del traslado recibió en su lugar de trabajo una visita de la AFP, pero no recibió ningún tipo de asesoría, no se le informó sobre los beneficios y desventajas del traslado de fondo, ninguno de los promotores le realizó proyección pensional, ni le informaron sobre la posibilidad de retracto y, en ningún momento lo contactaron para informarle que podría solicitar traslado a Colpensiones antes de los 52 años. Ha cotizado un total de 1704 semanas a enero de 2021. Solicitó a las demandadas la nulidad del traslado, obteniendo respuesta negativa. Porvenir S.A realizó simulación pensional indicando que el valor de la pensión sería de \$1.007.599 a diferencia de la de Colpensiones que equivaldría a \$2.080.191 (archivo 01, fls.1 a 15).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Aceptó las semanas cotizadas por el actor en el ISS y la petición de nulidad; manifestó no constarle los demás hechos. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia afectación por protección judicial SL 373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que se corrobora con la suscripción del formulario; el accionante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad (archivo 08 fls.1 a 13).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió las semanas cotizadas al ISS y, la petición elevada con su respectiva respuesta. Frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe,

prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de aportes a Porvenir y las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM y por el contrario, se vinculó a otra administradora de fondos de pensiones privadas (archivo 09, fls.3 a 23).

Porvenir S.A. rechazó las peticiones del escrito inaugural. Frente a los hechos aceptó el total de semanas cotizadas, la petición presentada y su respectiva respuesta. Manifestó que no le constan o no son ciertos los demás. 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 expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; que el demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; que durante su vinculación como afiliado de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (archivo 07 fls.2 a 27).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 17 de julio de 2023 (archivo 16), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **WILSON SERNA QUINTERO** al régimen de ahorro individual con solidaridad de **fecha 1º de NOVIEMBRE de 1998**, por intermedio de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COMENA** hoy **PROTECCIÓN S.A.** y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor **WILSON SERNA QUINTERO** identificada con C.C. 79.339.279, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, y con destino a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada COLPENSIONES.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A., Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no acreditó que el actor al momento de efectuar su traslado al régimen pensional hubiese recibido una asesoría completa y oportuna acerca de las reales implicaciones de su traslado, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y Porvenir apelaron lo resuelto.

Colpensiones manifestó que la afiliación realizada en primera medida con Colmena y luego a Protección, se realizó conforme a derecho, dado que se manifestó por el demandante que fue de manera libre y voluntaria el afiliarse al régimen de ahorro individual, así mismo no logró probarse que la información suministrada por la AFP fue equivocada o engañosa. El demandante se encuentra inmerso en prohibición legal para trasladarse cuando en razón a la edad; medida que resulta adecuada, proporcional y necesaria para evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida.

Por su parte, Porvenir S.A. aduce que no hubo participación alguna de Porvenir en el traslado, lo que impide reprochar conducta alguna por parte de la administradora de pensiones, por cuanto no estuvo presentes al momento del traslado. Reprocha el traslado a Colpensiones de los gastos de administración y seguro previsional debidamente indexados, debido a que como se generan unos rendimientos durante todo el periodo de afiliación del demandante, estos compensan la pérdida adquisitiva de la moneda y, por lo que se estaría generando un doble pago a Colpensiones y un enriquecimiento sin causa a favor de esa entidad. A su vez, Porvenir por norma se encontraba habilitada para descontar el 3% de los aportes pensionales destinados a los gastos de administración, con lo que se generó una rentabilidad debido a la buena gestión por su parte, lo que resultaría inequitativo. Respecto al seguro previsional, los fondos se encuentran obligados a ello para que la aseguradora entre a financiar o brinde el excedente requerido para financiar la prestación económica en caso de configurarse un siniestro de invalidez o muerte. Finalmente, reprocha las costas, por cuanto se encontraban imposibilitados a negarse a recibir esa afiliación, además se debe tener en cuenta su actuar 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 demandante.

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

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

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

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

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

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 8 de marzo de 1982 al 30 de septiembre de 1998 (archivo 12, fl.316 a 319); fecha a partir de la cual, migró al RAIS, a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación del 29 de septiembre de 1998 (archivo 09, fl.31); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Porvenir S.A, a partir del 21 de agosto de 2001 (archivo 07, fl.28).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que se encontraba laborando y citaron a todo el personal a una reunión en la cual les manifestaron que existía la posibilidad de que el ISS se acabara y que ello lo iban a tomar los fondos privados; fue decisión de la empresa y no tuvo contacto con ningún asesor, su jefe les comentó que era un beneficio para todos; tanto sus compañeros como él fueron trasladados. No se acercó a Colmena a pedir información al respecto. Se trasladó a Porvenir dado que cambió de trabajo y lo inscribieron en esa AFP; la empresa tenía definida la afiliación y tampoco tuvo contacto con ningún asesor, lo único que hizo fue firmar; no solicitó información con Porvenir dado que era joven y no le preocupaba, pensaba que de eso se encargaba la empresa. No ha solicitado ninguna información; se enteró de la diferencia entre las mesadas pensionales debido a que dos compañeros se pensionaron, uno con Colpensiones y el otro con el fondo privado. No sabía de la existencia de un tope de tiempo para trasladarse y, nunca recibió asesoría de ninguna AFP.

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 a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

En consecuencia, resulta evidente que Protección 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).

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

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que 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 a la que se encuentra actualmente afiliado el accionante deberá devolver 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). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). Por tanto, la sentencia modificada en este aparte para incluir la condena por rendimientos y comisiones.

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Protección 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 el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en este aparte. 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).

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.

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.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Porvenir 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, trasladar todos los recursos obrantes en la cuenta individual del demandante.

Sin 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 Veintiocho del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de julio de 2023, 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. Asimismo, **CONDENAR** a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras 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: 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 lo demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 028 2020 00385 01
DEMANDANTE: ERNESTO MELENDRO GALVIS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y, SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Skandia S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de agosto de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad de la afiliación y/o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado en julio de 1994, a través de la AFP Davivir, hoy Protección S.A., y las posteriores a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. y Old Mutual, hoy Skandia. En consecuencia, se ordene a ésta última, retornarlo junto con todos los valores, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e interés, con los rendimientos que se hubieren causado al RPM administrado por Colpensiones; y a ésta, a recibirlo y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad; asimismo se condene a las demandadas al pago de costas y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cotizó desde el año 1986 a 1992 a la caja pública del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, por un total de 424.29 semanas. Aduce que en julio de 1994, los asesores de la AFP Davivir, hoy Protección S.A., le presentaron el nuevo régimen pensional; el asesor le aseguró que el Instituto del Seguro Social se acabaría, perdiendo lo cotizado hasta el momento, que tendría mayores rendimientos y podría pensionarse en el momento en que quisiera; no le informó del derecho de retracto; por todo lo anterior, realizó el traslado de régimen. Asegura que los asesores lo mantuvieron en error al momento de realizar el traslado. Tiene un total de 1.279.86 semanas cotizadas a febrero del 2018. Solicitó a las demandadas la nulidad del traslado del régimen. Finalmente, Skandia le realizó la simulación pensional, arrojando un valor de la mesada de \$1.979.000 para cuando cumpla 62 años (archivo 06, fls.4 a 22).

Al dar contestación, **Colpensiones** se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Manifestó que los hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia afectación por protección judicial SL 373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que se corrobora con la suscripción del formulario; el accionante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad (archivo 12 fls.1 a 15).

La **AFP Porvenir** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación del demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado

válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación y la vinculación a varias administradoras de fondos de pensiones privadas; además el demandante no es beneficiario del régimen de transición (archivo 11 fls.1 a 27).

Por su parte, la **AFP Protección** se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la afiliación del actor a esta AFP, la característica del RAIS de poder pensionarse a edad más temprana y, la petición elevada con su respuesta. Frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de 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 la totalidad de los aportes a Porvenir y Skandia, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFPs convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen y, las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible al demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM y por el contrario, se vinculó a otra administradora de fondos de pensiones privadas (archivo 13, fls.1 a 20).

Skandia S.A., al contestar la demanda se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó la petición elevada por el accionante. De los demás hechos dijo no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones que denominó: actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, 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 facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y las demás declarables de oficio. En su defensa alegó que el demandante no acreditó los fundamentos fácticos para obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación; que la elección fue libre y voluntaria y, se materializa con la suscripción del formulario de afiliación; aduce haber cumplido el deber de información a cargo de los Fondos de Pensiones y, que el demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado en atención a la edad, sin que sea beneficiario del régimen de transición (archivo 15 fls.1 a 16).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 8 de agosto de 2023 (archivo 30), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor ERNESTO MELENDRO GALVIS al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1º de JULIO de 1994, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A., a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor ERNESTO MELENDRO GALVIS identificado con C.C.79.141.474, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, y con destino a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

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

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no acreditó que el actor al momento de efectuar su traslado al régimen pensional hubiese recibido una asesoría completa y oportuna acerca de las reales implicaciones de su traslado, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y Skandia apelaron lo resuelto.

Skandia solicita se revoque la condena impuesta tendiente a devolver los gastos de administración y seguros previsionales, toda vez que estos ya fueron acaecidos a favor del demandante; asimismo, en cuanto a los seguros previsionales, estos seguros se utilizan para los riesgos de invalidez y sobrevivientes y nunca han estado en la administración de esta AFP.

Por su parte Colpensiones manifiesta que la afiliación realizada por el demandante lo fue de manera libre y voluntaria; asimismo, el accionante se encuentra inmerso en prohibición legal para trasladarse en razón a la edad. Reprocha la condena en costas, teniendo en cuenta que la entidad ha actuado conforme a derecho y al principio 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 demandante.

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

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a través de la Nación, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible desde el 16 de enero de 1986 al 3 de marzo de 1994 (archivo 15, fl.46 a 47); fecha a partir de la cual, migró al RAIS, a través de la AFP Davivir, hoy Protección S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación del 7 de junio de 1994 (archivo 13, fl.21 y 33); posteriormente, cambió a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A, a partir del 10 de diciembre de 2004 (archivo 11, fl.75 y 77); y finalmente, se trasladó de manera horizontal a Skandia S.A., el 26 de agosto de 2006 (archivo 15, fl.17 y 48).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que en el mes de junio del año 1994, llevaba un mes de trabajar en Hidroestudios, lo llamaron a la recepción en grupos de a 3, donde encontraron unas niñas de Davivir, quienes le informaron que Cajanal y el Seguro Social se acababan por la expedición de la ley 100 del 93, así como un decreto reglamentario que les mencionaron y, que si no se pasaban rápido podrían perder la posibilidad de pensionarse porque ya no habría tiempo, porque esas entidades las iban a liquidar. Llevaban unos formularios prescritos, y solamente le preguntaron las personas a cargo. Fue una reunión muy rápida en la que solo le dijeron eso, y ese día casi todos los empleados se trasladaron; les ofrecían préstamos para vivienda, carro y estudio, porque hacía parte de Davivienda. Les dijeron que era mejor que el seguro social y que podían ahorrar si querían porque era como una cuenta de ahorros. Sus posteriores traslados horizontales, fue por cambio de empleo, a donde fueron los asesores de las otras AFP y ofrecieron mejor rentabilidad. Lo único que le dijeron fue que era el fondo a través del cual se podría obtener la pensión. De los rendimientos le explicaron solo cuando se trasladó a Skandia. Quiere retornar a Colpensiones por seguridad, no le dan confianza los fondos de pensiones. Ante un detrimento de sus ahorros que

advirtió, averiguó y se enteró que podría haberse trasladado, pero ya estaba incurso en prohibición por la edad.

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 Davivir, hoy Protección 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).

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

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que 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 a la que se encuentra actualmente afiliado el accionante, deberá devolver 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). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). Por tanto, la sentencia modificada en este aparte para incluir la condena por rendimientos y comisiones.

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Protección S.A. y Porvenir 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 el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida*

administrado por COLPENSIONES” (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en este aparte. 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).

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.

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.

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 activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

Sin 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 Veintiocho del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de agosto de 2023, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, 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. Asimismo, **CONDENAR** a la AFP Protección S.A. y 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 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.

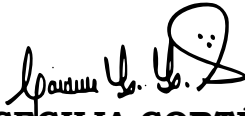
SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a

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 lo demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 027 2021 00294 01
DEMANDANTE: LUZ MARINA TORO RUBIANO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., treinta (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y por la demandada Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de agosto de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la anulación del formato de afiliación de la AFP Porvenir, así como la nulidad e ineficacia de este traslado. En consecuencia, se condene a Colpensiones a recibir nuevamente los aportes a pensión y; se condene en costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 25 de octubre de 1962. Efectuó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones, desde marzo de 1985 hasta el 31 de julio de 1999 y, a Porvenir desde octubre de 2000 hasta la fecha. Las demandadas no han tenido en cuenta aportes en diferentes periodos. Aduce que al momento de la afiliación y desafiliación las enjuiciadas no cumplieron el deber de información a su cargo, asesoría

y buen consejo, no le presentó consentimiento informado, no efectuó probabilidad de pensionarse en cada régimen, ni proyección del valor de la indemnización o devolución de saldos, frente a la posibilidad de no acceder a la pensión de vejez, proyección del valor en cada régimen, ni explicación de los mecanismos de protección a la vejez. En mayo de 2021, solicitó a las demandadas la nulidad e ineficacia del traslado (archivo 01, fls.3 a 11).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la accionante y, manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de mérito que denominó: 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 las costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no hizo uso del derecho de retracto y; que no se configuró vicio del consentimiento (archivo 07 fls.1 a 42).

Por su parte, la AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos admitió las cotizaciones a esta AFP y, adujo que los restantes no le constan o no son ciertos. Propuso las excepciones previas de falta de integración del litisconsorcio necesario y, las de mérito de buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, prescripción y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación y la vinculación a varias administradoras de fondos de pensiones privadas; además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición (archivo 06 fls.1a27).

Por auto del 28 de octubre de 2022, se dispuso la vinculación a la litis de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (Archivo13); quien, al dar contestación, se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó la data de nacimiento de la accionante e indicó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito 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, traslado de aportes a Porvenir, 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y, las declarables de oficio. En su defensa argumentó que se suscribió formulario de afiliación en el cual la demandante manifestó su voluntad de permanecer en el RAIS, por ello la afiliación se realizó de manera completamente libre de vicios del consentimiento. Expuso que se brindó una asesoría completa, clara al momento de realizar la afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento; además nunca ejerció la facultad de regresar al RPM y que la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, a su vez afirma que no se puede hablar de imprescriptibilidad dado que en ningún momento se está afectado el derecho pensional (archivo 15 fls.3 a 26).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 17 de agosto de 2023 (archivo 25), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora LUZ MARINA TORO RUBIANO del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y el que posteriormente realizó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ MARINA TORO RUBIANO como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, mientras estuvo afiliada a esa Administradora, por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora LUZ MARINA TORO RUBIANO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, recibir las cotizaciones provenientes de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y a actualizar su historia laboral para incluir las semanas que fueron cotizadas al RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., al pago de las costas del proceso en la suma de \$1'000.000 como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor de la demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa al demandante y, tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen y permanecer en él, incumpliendo además su deber de buen consejo de asesoría y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales; lo que conduce a declarar la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes la parte demandante y la demandada Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

La parte actora, adujo que el Estado a través del Seguro Social en aquel tiempo, tenía la obligación y la responsabilidad de recomendar o no

el traslado, por ello deben ser condenados en costas tanto Colpensiones como los Fondos Privados; asimismo, la interposición de los recursos de apelación de las entidades solo es para dilatar el proceso, por ello, de continuar con la negativa, deben ser condenados a costas adicionales.

Por su parte, Colpensiones adujo que, no se demostró el supuesto engaño sufrido por la accionante o la falta al deber de información por parte de la AFP, al momento de la asesoría; por el contrario, como se observa con el formulario de afiliación, la decisión de trasladarse a la AFP fue libre y voluntaria, no hubo vicios del consentimiento; sin que manifestara nunca su deseo de retractarse. Finalmente, resalta que el actuar de Colpensiones siempre ha estado sujeto al lineamiento jurisprudencial.

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 demandante.

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones, desde el 26 de octubre de 1988 al 31 de julio de 1999 (archivo 07, fl.110 a 112); fecha a partir de la cual, migró al RAIS, a través de la AFP Protección S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 23 de junio de 1999 (archivo 15, fls.49 y 54);

posteriormente, se trasladó de manera horizontal a la AFP Porvenir S.A., a partir del 30 de octubre de 2000, donde se encuentra actualmente afiliada (archivo 06, fls.75 y 78).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que el primer traslado fue a Protección, cuando trabajaba en José Pérez y Compañía, el jefe que era el gerente administrativo y le comentó que en la recepción había un asesor de Protección, y como se iba acabar el seguro Social, necesitaba que se acercaran a firmar las afiliaciones; la reunión tardó aproximadamente de 5 a 10 minutos; no habló con el asesor, simplemente le brindó los datos para el diligenciamiento del formulario y firmó, les dio esferos y cosas cuando se afiliaban y era el que tenía los formularios. No corroboró la información respecto a que el ISS se iba a acabar por que confiaba en lo que dijo su jefe, igual que todos los que se afiliaron. Afirma que trabajaba como jefe de personal, pero manejaba el tema de nómina y otra persona se encargaba de las afiliaciones. Se trasladó a Porvenir porque llegó un asesor y les dijo que tenían más afiliados y que era el fondo mas grande, que les darían una mayor pensión. Intentó retornar a Colpensiones para el año 2013 pero ya no podía debido a que ya había cumplido los 50 años de edad. Quiere retornar a Colpensiones, porque en Porvenir le dijeron que la iban a liquidar con el salario mínimo, y se asesoró con un abogado que le explicó cómo quedaría su pensión con Colpensiones; se sintió triste y angustiada en cuanto a su calidad de vida si solo obtenía un salario mínimo. Respecto a Protección afirma que no le brindaron información acerca de las diferentes modalidades que tiene el régimen de ahorro individual, tampoco lo que pasaría con sus aportes en caso de que falleciera, el capital necesario para pensionarse, derecho de retracto, aportes voluntarios o rendimientos. Recibe esporádicamente extractos de una a tres veces al año, y se fija en que sus aportes estén bien y la empresa los realice. No se acercó a Porvenir a pedir que le explicaran si podía trasladarse al régimen público 10 años antes al cumplimiento de su edad para 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 a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

En consecuencia, resulta evidente que Protección 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).

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

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 Porvenir S.A., administradora 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 ello, la sentencia será confirmada en este aspecto, pero se adicionará para indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Protección 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 vinculada 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 se modificará en este aparte, para incluir la condena por porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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 la demandante no está llamada a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

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.

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 las cotizaciones provenientes de las Administradoras de Pensiones y Cesantías Protección y Porvenir y, actualizar la historia laboral de la demandante para incluir las semanas que fueron cotizadas al RAIS. En este sentido, se revocará la absolución de costas a Colpensiones, para ordenar su imposición.

Sin 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 al numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de agosto 2023, en el sentido de ordenar a Porvenir que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero 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 vinculada a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: 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: ADICIONAR el numeral sexto de la sentencia recurrida, para ordenar la imposición de costas también a cargo de Colpensiones.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

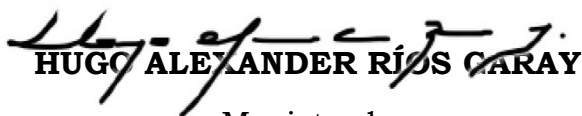
SEXTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 025 2017 00694 01
DEMANDANTE: OSCAR IVÁN CHACÓN HULE
DEMANDADO: EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO
TRANSMILENIO S.A. y OPERADOR SOLIDARIO DE
PROPIETARIOS DE TRANSPORTADORES - COOBUS
S.A.S. EN LIQUIDACIÓN.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de abril de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo con las demandadas, terminado por causa imputable al empleador. Que la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A., es solidariamente. En consecuencia, se condene a las demandadas a pagar los salarios adeudados desde el 1° de julio de 2013 al 4 de noviembre de 2014; las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social integral; al pago de la sanción moratoria; la indexación; 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 las empresas demandadas celebraron contrato de concesión No. 005 de 2010, cuyo objeto es la explotación preferencial y no exclusiva de la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema SITP.

Que el demandante se vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido con la demandada Operador Solidario de Propietarios de Transportadores - COOBUS S.A.S., a partir del 21 de septiembre de 2013, en el que desempeñó como cargo el de operador de bus zonal, bajo subordinación; devengando un salario variable, constituido por salario básico, bonificación operativa, horas extras, recargos y compensatorios, para un salario base mensual de \$1'576.575. En abril de 2014, la empresa dejó de funcionar intempestivamente, sin autorización alguna para el cierre da las autoridades laborales. No se le terminó por medio alguno su contrato.

Aduce que, preocupado por la situación, el 4 de noviembre de 2014 decide pasar carta de renuncia motivada. Que el 3 de mayo de 2017 reclamó ante la empresa Transmilenio S.A., quien dio contestación el 8 de mayo siguiente, aduciendo no tener nada que ver con la contratación de los empleados de Coobus S.A.S; sin embargo, en oficio del 12 de julio de 2016, informó la decisión de desvincular la totalidad de conductores de ésta. Que Coobus terminó el contrato de trabajo, en cumplimiento a lo ordenado por la Superintendencia de sociedades en Auto No. 400-012524 de 19 de agosto de 2016, sin pago de las acreencias laborales, adeudándose las reclamadas en la demanda (fls.20 a 31, 04SubsanacionDemanda).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio **Operador Solidario de Propietarios Transportadores – Coobus S.A.S.** se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó el contrato de concesión con la empresa Transmilenio S.A., la existencia del contrato de trabajo con el demandante, modalidad, cargo y salario variable, aclarando ser la única responsable de la vinculación, la no terminación del contrato por parte de la empresa, la renuncia presentada por el demandante, la reclamación elevada con su respuesta y, los salarios y acreencias laborales adeudadas; señalando que dentro de los trámites del proceso de liquidación, al accionante se le liquidó y reconoció la liquidación de prestaciones sociales y los intereses de mora por no pago a la fecha de terminación del contrato; asimismo, que los valores por concepto de seguridad social fueron reconocidos directamente a las EPS, AFP y CCF, quienes presentaron su

reclamación al proceso de liquidación judicial. En su defensa expuso la inexistencia de mala fe del empleador, arguyendo que presentó problemas de tipo financiero que le impidieron cumplir con las obligaciones adquiridas, por circunstancias ajenas a su voluntad, como lo fue la terminación unilateral del contrato de concesión por parte de Transmilenio S.A., lo que la llevó a un grave estado de iliquidez que generó la inminente declaratoria de liquidación por parte de la Superintendencia de Sociedades (07ContestacionCoobus).

Al contestar el libelo introductorio, **Transmilenio S.A.** también se opuso a las pretensiones de la demanda. En relación con los hechos, admitió el contrato de concesión con Coobus S.A.S., la reclamación del actor y su respuesta; respecto de los restantes, manifestó que eran falsos o que no le constaban. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la relación laboral, inexistencia de la responsabilidad solidaria, inexistencia de las obligaciones pretendidas, indebida integración del contradictorio, prescripción de la acción, la buena fe y las demás a que haya lugar a declarar oficiosamente (10ContestacionTransmilenio).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 6 de abril de 2022, resolvió¹:

PRIMERO: DECLARAR que entre la sociedad demandada operador solidario de propietarios transportadores Coobus SAS en liquidación y el demandante el señor Oscar Iván Chacón Hule cedula 19478389 si existió una relación laboral mediante contrato a término indefinido desde el 21 de septiembre de 2013 hasta el 4 de noviembre de 2014, para desempeñar el cargo de operador de bus zonal con último salario promedio de 1'150.000 pesos mensuales, vínculo laboral que termino sin justa causa imputable al empleador por lo motivado.

SEGUNDO: DECLARAR que el demandando operador solidarios de propietarios transportadores Coobus SAS en liquidación es única y exclusivamente responsable a favor del demandante a favor del señor Oscar Iván Chacón Hule ya identificado al reconocimiento y pago de sueldos pendientes, cesantías, intereses a las mismas, vacaciones, prima de servicios, aportes a pensión e indemnizaciones de que trata los artículos 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo por las razones expuestas.

¹ 17AudienciaFallo

TERCERA: CONDENAR al demandado operador solidario de propietarios y transportadores Coobus SAS en liquidación a pagar al extrabajador demandante el señor Oscar Iván Chacón Hule por concepto de sueldos pendientes, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios a la suma de 7'322.103 pesos, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago conforme a lo motivado.

CUARTO: CONDENAR al demandado operador solidario de propietarios transportadores Coobus SAS en liquidación y a favor del demandante Oscar Iván Chacón Hule la indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo a partir del 4 de noviembre de 2014 hasta por 24 meses o hasta cuando se verifique el pago y a partir de la iniciación del mes 25 se reconocerá al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia bancaria hasta cuando el pago se realice. Concepto este que por los primeros 24 meses asciende a la suma de 27'599.760 pesos por lo motivado.

QUINTO: DECLARAR Y CONDENAR al demandado operador solidario de propietarios transportadores Coobus SAS en liquidación a realizar el pago de aportes para pensión en la administradora de fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el demandante o en su defecto a Colpensiones, correspondientes al lapso comprendido entre el 21 de septiembre de 2013 hasta el 4 de noviembre de 2014 sobre la suma de salario de 1'150.000 pesos previo cálculo actuarial que emita la entidad pensional para los efectos conducentes por el motivado.

SEXTO: CONDENAR a la demandada operador solidario de propietarios transportadores Coobus SAS en liquidación al reconocimiento y pago de 1'243.704 pesos por concepto de despido injusto a favor del demandante sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago por lo motivado.

SÉPTIMO ABSOLVER a la demandada operador solidario de propietarios transportadores Coobus en liquidación y a la empresa de transporte del tercer milenio Transmilenio SA de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante y en caso de Transmilenio de todas las pretensiones de la demanda.

OCTAVO: COSTAS a cargo de la parte demandada operador solidario de propietarios transportadores Coobus SAS en liquidación y a favor del demandante por la suma de 2'890.000 pesos por lo motivado.

Como sustento de su decisión, encontró probada la existencia del contrato de trabajo el demandante y la demandada Coobus SAS, sobre el que no hubo controversia; determinó con base en los documentos aportados los salarios promedio devengados por el accionante y, que el contrato terminó por causa imputable al empleador.

Encontró que Transmilenio S.A. no es solidariamente responsable en atención a que el objeto social de las accionadas resulta extraño y ajeno entre sí; y adicionalmente, en virtud del Acuerdo 04 de 1999, le está prohibido explotar la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del sistema SITP por disposición legal, dado que el giro de sus negocios no va encaminado a esa función, de suerte que la sociedad demandada Coobus SAS en liquidación, actuó como contratista

independiente, en concordancia con el contrato de concesión N°005 de 16 de noviembre de 2010.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

La parte demandante, argumentó que del contrato de concesión N°005 de 2010 y el artículo 32 numeral 4 de la ley 80 de 1993, se puede arribar a la responsabilidad solidaria de la empresa Transmilenio, por ser un empleador indirecto de acuerdo al objeto social, la estructura empresarial y la delegación del cumplimiento de un deber que, como ente del Estado, es responsable de la prestación de servicio de transporte público; constituyéndose en un verdadero empleador de las personas vinculadas al sistema de Transporte de Bogotá D.C.

Por su parte, **la demandada Operador Solidario de Propietarios Transportadores – Coobus S.A.S.**, reprocha parcialmente la condena, aduciendo que: **i)** En relación de la indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo del trabajo, la misma fue liquidada en términos del artículo citado, en razón a que la demanda se radicó superando los 24 meses posteriores a la terminación del contrato, en ese sentido, operarían solo los intereses moratorios. **ii)** En lo que tiene que ver con la pensión, acá lo que se acredita es que la mora que existió por parte de Coobus fue en el año 2014 frente a los pagos y los aportes, por lo que no procede cálculo actuarial. Y **iii)** debe tenerse en cuenta la compensación, ocurrida por un hecho sobreviniente en razón a que se hicieron pagos al demandante en el proceso de liquidación, que fueron posteriores a la fecha de las audiencias.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Colegiatura desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

En el presente caso, está demostrado y no es objeto de controversia en esta instancia, que entre el señor Oscar Iván Chacón Hule y Coobus S.A.S, hoy en Liquidación Judicial, existió un contrato de trabajo que estuvo vigente entre el 21 de septiembre de 2013 al 4 de noviembre de 2014. Tampoco, es motivo de controversia en esta instancia la determinación de los salarios devengados, ni las condiciones de terminación del contrato.

Del recurso de apelación de la parte demandante:

i) De la responsabilidad solidaria de Transmilenio

Pretende el demandante recurrente, que Transmilenio S.A., sea condenada a pagar solidariamente las condenas impuestas, en atención a que es el benefactor de la ejecución del contrato y, verdadero empleador de las personas vinculadas al sistema de transporte de Bogotá D.C., de acuerdo al objeto social, la estructura empresarial y la delegación del cumplimiento de un deber que, como ente del Estado, es responsable a la prestación de servicios de transporte público.

Sobre el particular, el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el beneficiario de la obra será solidariamente responsable con el contratista, por el valor de los salarios, las prestaciones y las indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, salvo que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio.

A su vez, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo tiene como finalidad proteger al trabajador ante la eventualidad de que un empresario pretenda realizar su actividad económica a través de contratistas independientes con el propósito de evadir su responsabilidad laboral. A juicio de esa Corporación, si ese empleador termina beneficiándose del trabajo desarrollado por las personas que prestaron sus servicios por intermedio de un contratista, debe responder de manera solidaria por los salarios y prestaciones sociales a que haya lugar. Sin embargo, entre el contrato de obra y el de trabajo debe mediar una

relación de causalidad que permita identificar si la obra o labor realizada por el trabajador hace parte de las actividades normales de quien encargó su ejecución. Para analizar ese nexo de causalidad debe observarse, no exclusivamente y de manera estricta el objeto social del contratista, sino que la obra que haya ejecutado no constituya una labor extraña a las actividades del beneficiario de la misma.

Las anteriores reglas las encontramos a partir de la sentencia del 10 de septiembre de 1997, radicado n.º 9881, en la que explicó que: *“Con todo interesa aclarar que la solidaridad en cuestión se excluye cuando el contratista cumple actividades ajenas de las que explota el dueño de la obra, porque lo que persigue la ley con el mecanismo de solidaridad es proteger a los trabajadores frente a la posibilidad de que el empresario quiera desarrollar su explotación económica por conducto de contratistas con el propósito fraudulento de evadir su responsabilidad laboral”*.

Verificados los elementos de prueba se observa en el certificado de existencia y representación de Transmilenio S.A., que el objeto social, de dicha empresa es el encargarse de: *“[...] la gestión, organización y planeación del servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, bajo la modalidad de transporte terrestre automotor, transporte terrestre férreo y sistema alternativo de movilidad, como el cable aéreo, entre otros, en las condiciones que señalen las normas vigentes, las autoridades competentes y sus propios estatutos.”* (fls.24 a 30²)

Y en el contrato de concesión No.005 de 16 de noviembre de 2010, para la explotación preferencial y no exclusiva para la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema SITP suscrito entre TRANSMILENIO S.A. y COOBUS SAS, se estableció, en la cláusula tercera, en el propósito del contrato, la de garantizar la prestación del servicio público esencial urbano masivo de pasajeros bajo los parámetros de los artículos 24, 209, y 365 de la Constitución Política, organizado, eficiente y sostenible, entre otros³.

² 01Demanda

³ Carpeta: 11AnexosContestacionTransmilenio//CONTRATO

Ahora, el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, el 13 de septiembre de 2002, Radicación No. 1.438, se pronunció frente a la naturaleza jurídica de Transmilenio, haciendo énfasis en la finalidad de la entidad como:

La finalidad de Transmilenio según el artículo 2 del Acuerdo, es la gestión, organización y planeación del servicio de transporte público masivo de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, bajo la modalidad de transporte terrestre automotor.

Por otro lado, se encuentra que Coobus S. A. S. presta y ejecuta el servicio público de Transporte, mientras que Transmilenio S.A., tiene expresa prohibición de operar el transporte, incluso, de hacer parte o asociado de empresas que se encarguen de dicho objeto social.

De tal manera que, le asiste razón al juez de primer grado al señalar que no se cumplen los presupuestos de la solidaridad, dado que la prestación del servicio de transporte que es el objeto del empleador demandado, no pertenece al giro normal de las actividades de Transmilenio S.A.; y en ese orden de ideas, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia sobre ese aspecto.

Del recurso de apelación de la parte demandada

ii) De la sanción moratoria

Alega la demandada recurrente que la condena por concepto de sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, debe imponerse únicamente por los intereses indicados por la Superintendencia Bancaria, en atención a que la demanda fue radicada cuando había transcurrido un término superior a 24 meses a partir de la terminación del vínculo.

Pues bien, en cuanto a la manera de determinar la sanción moratoria, el artículo 65 del Código sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2000, dispone en su numeral 1º que:

“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.

Sobre la determinación de la sanción moratoria, la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 36.577 de 6 de mayo de 2010, reiterada en radicado n.º 38.177 de 3 de mayo de 2011; radicado n.º 46.38 de 25 de junio de 2012 y SL918 de 2014, puntualizó que:

“No obstante las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta Sala de la Corte entiende que la intención del legislador fue la de establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal suerte que, como regla general, durante los veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos veinticuatro (24) meses, como aconteció en este caso.

Después de esos veinticuatro (24) meses, en caso de que la situación de mora persista, ya no deberá el empleador una suma equivalente al último salario diario, sino intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente; intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro

(24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.

Pero la reclamación inoportuna (fuera del término ya señalado) comporta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria. Sólo le asiste el derecho a los intereses moratorios, contabilizados desde la fecha de la extinción de vínculo jurídico.”

En el presente asunto, la relación laboral terminó el 4 de noviembre de 2014 y la demanda fue interpuesta el 17 de octubre de 2017, es decir superados ampliamente los 24 meses previstos en la norma, por lo que, en aplicación del precedente jurisprudencial, solamente procede el reconocimiento de intereses moratorios a partir del 5 de noviembre de 2014, día siguiente a terminación del vínculo laboral. En este entendido, se modificará la sentencia de primera instancia en este aspecto.

iii) De los aportes pensionales

Sobre este tópico, vale aclarar que al pago del cálculo actuarial concurren aquellos patronos que omitieron notificar a la administradora de pensiones de la existencia del vínculo laboral en un periodo determinado.

En relación con el asunto, H. la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL14388-2015, precisó:

“Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores. Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro

(...)

Con fundamento en dichas normas y, se repite, en los principios que definen y orientan el sistema integral de seguridad social, la Corte ha precisado su jurisprudencia, para adoctrinar que las variadas problemáticas generadas a raíz de la falta de afiliación al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del respectivo derecho, deben encontrar una solución común, que no es otra que el reconocimiento del tiempo servido por el trabajador, por

*parte de la entidad de seguridad social respectiva, **con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo de la entidad empleadora.***”

En este horizonte, no fue allegado al proceso material probatorio del que pueda verificarse que el empleador Coobus SAS haya reportado el ingreso del trabajador y menos realizado los aportes pensionales que alega en su recurso. En consecuencia, la demandada está llamada a pagar el correspondiente cálculo actuarial por los aportes causados desde el 21 de septiembre de 2013 al 4 de noviembre de 2014, extremos en que quedó demostrada la existencia del vínculo contractual que los unió, tal como lo encontró demostrado el juez de primer grado. En consecuencia, se confirmará la sentencia en este punto.

iv) De la compensación

Sobre este aspecto del recurso, baste con precisar que no existe medio de prueba con la que se pueda verificar el pago alegado por la demandada apelante, que soporte el estudio de la excepción de compensación; razón suficiente para despachar de manera desfavorable este punto del recurso.

De conformidad con las anteriores consideraciones, analizados los argumentos de apelación, la Sala modificará únicamente lo relacionado con la condena por la indemnización del artículo 65 del CST y, confirmará en lo demás. No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 6 de abril de 2022 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la condena allí impuesta solamente

será por el reconocimiento de intereses moratorios a partir del 5 de noviembre de 2014, día siguiente a terminación del vínculo laboral y, hasta cuando el pago se verifique.

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

TERCERO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



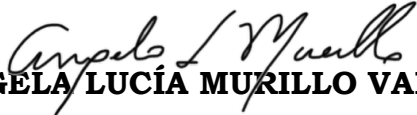
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 024 2020 00236 01
DEMANDANTES: ANA TULIA ROA RUBIO, en nombre propio y de su menor hija ANA ISABEL QUINTERO ROA y, ANGEL DANIEL QUINTERO ROA
DEMANDADA: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro 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

Los accionantes interpusieron demanda ordinaria para que se declare que al causante Argiro Quintero (q.e.p.d.), le asistió el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 5 de noviembre de 2009, al amparo del Acuerdo 049 de 1990. En consecuencia, se condene a la demandada al reconocimiento de la pensión post mortem del causante; la sustitución o pensión de sobrevivientes a favor de Ana Tulia Roa Rubio, compañera permanente supérstite y de sus hijos Ángel Daniel Quintero Roa y Ana Isabel Quintero Roa, a partir del día siguiente de su fallecimiento; las mesadas causadas y no pagadas; debidamente actualizados; los intereses moratorios; lo extra y ultra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narraron que el señor Argiro Quintero (q.e.p.d.), nació el día 4 de noviembre de 1949 y falleció el día 17

de abril de 2017. Durante su vida laboral cotizó al ISS hoy Colpensiones, entre el 18 de noviembre de 1968 y el 31 de mayo de 2009, por un total de 8.406 días, equivalentes a 1.201 semanas. Aducen que, hasta el momento del fallecimiento, tenía constituida una unión marital de hecho, de más de 23 años con la señora Ana Tulia Roa Rubio, unión de la que nacieron Ana Isabel Quintero Roa, el 30 de mayo de 2004 y Ángel Daniel Quintero Roa, nacido el 12 de noviembre de 2002 y Luz Angélica Quintero Roa, nacida el 25 de febrero de 1998.

En vida le fue negado al causante el reconocimiento a la pensión de vejez; asimismo, Colpensiones ha negado en repetidas ocasiones la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Argiro Quintero, así como su pensión post mortem; quedando así agotada la vía gubernativa (fls.3 a 37¹).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Frente a los hechos aceptó la data de nacimiento y fallecimiento del causante y, los actos administrativos que negaron la pensión de vejez, la pensión post mortem y la pensión de sobrevivientes. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Formuló las excepciones de mérito que denominó: *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, cobro de lo no debido, imposibilidad de acumular tiempos públicos y privados, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, improcedencia de la condena por intereses moratorios y, las demás declarables oficiosamente.

Para enervar las pretensiones argumentó que, bajo el Acuerdo 049 de 1990, el causante no acreditó tiempos cotizados únicamente al ISS, indicando que a efectos del reconocimiento solicitado no es posible efectuar la sumatoria de tiempos públicos y privados, lo que solo fue permitido por la Corte Constitucional hacia el año 2014 y, solamente hacia el 2021 el criterio es acogido por la H. Corte Suprema de Justicia, siendo que el causante adquirió el derecho a la pensión en el 2009, dichas

¹ 01 DEMANDA Y ANEXOS.

disposiciones no tienen efectos retroactivos. Así mismo aduce que, no se logró probar la convivencia de la demandante con el causante durante los últimos cinco años al fallecimiento (fls.2 a 17²).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de junio de 2022, resolvió³:

PRIMERO: Condenar a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a favor del señor Argirio Quintero la pensión de vejez de que trata el Acuerdo 049 de 1990 aprobada por el decreto 758 de ese año, a partir del 4 de noviembre de 2009 y hasta el 18 de abril de 2017 fecha de su muerte y en cuantía igual de un salario mínimo legal mensual vigente, por 14 mesadas al año y con los incrementos de ley, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Condenar a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar de manera indexada a favor de Ángel Daniel Quintero Roa y Ana Isabel Quintero Roa el retroactivo pensional de la pensión de vejez que aquí se reconoce a favor del señor Argiro Quintero por el lapso comprendido entre el 17 de abril de 2014 y el 17 de abril de 2017, en la suma de \$18.480.338,00; sin perjuicio que uno o varios herederos con mejor o igual derecho, repitan por las sumas aquí pagadas a los mencionados jóvenes Quintero Roa.

TERCERO: Condenar a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar de manera indexada a favor de Ana Tulia Roa Rubio, Ángel Daniel Quintero Roa y Ana Isabel Quintero Roa el retroactivo pensional de la pensión de sobrevivientes que aquí se reconoce por el lapso comprendido entre el 18 de abril de 2017 y 30 de mayo de 2022, en los siguientes términos:

- A favor de Ana Tulia Roa Rubio la suma de \$30.142.823,00 por las mesadas causadas a partir del 18 de abril de 2017 hasta el 30 de mayo de 2022.
- A favor del joven Ángel Daniel Quintero Roa la suma de \$10.114.889 por las mesadas causadas a partir del 18 de abril de 2017 y 12 de noviembre de 2020.
- A favor de la Ana Isabel Quintero Roa la suma de \$20.027.934 por concepto de las mesadas causadas a partir del 18 de abril de 2017 y 30 de mayo de 2022, aclarando que, a partir de esta última data, el 100% de la mesada pensional deberá reconocerse a favor de la señora Ana Tulia Roa Rubio.

CUARTO: Autorizar a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a efectuar los descuentos a la salud sobre las mesadas pensionales reconocidas en la presente providencia, conforme lo expuesto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de los demás pedimentos incoados por la parte demandante, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

² 12 CONTESTACION DEMANDA COLPENSIONES

³ 28 Audiencia 23 06 2022

SEXTO: Costas en la instancia a cargo de la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y a favor de los demandantes. Líquidense por secretaría incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de \$10.000.000.

SÉPTIMO: Consultar la presente decisión ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a favor de la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones en el evento que no sea apelada oportunamente.

Como sustento de su decisión señaló que, acogiendo el cambio de criterio jurisprudencial recientemente sentado por la H. Corte Suprema de Justicia resulta válido es procedente acumular tiempos de servicios prestados a entidades del sector público y no cotizados al Instituto de Seguros Sociales con periodos de tiempo cotizados a esta entidad, con el fin de obtener el reconocimiento de la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990; encontrando que el causante reunió los requisitos de tiempo mínimo y edad requeridos para acceder a la pensión de vejez de conformidad esta norma. Asimismo, encontró que los demandantes cumplen con las condiciones consagradas en los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003, para reclamar la pensión de sobreviviente.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada adujo que a la demandante Ana Tulia Roa Rubio no le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta no cumple los parámetros normativos, pues no se encuentra probado que haya convivido de forma interrumpida con el causante durante los últimos 2 años anteriores a su deceso. Arguye que la prueba testimonial aportada carece de toda credibilidad, al ser testigos de oídas, que no son conducentes, pertinentes, ni útiles, pues sus dichos no son suficientes para llegar al conocimiento y convencimiento pleno para emitir un concepto razonable.

De otra parte, reprocha la condena en costas, ya que la actuación de Colpensiones fue siempre diligente a lo largo de todo el proceso judicial, igualmente su labor fue siempre actuando de buena fe, sin obstaculizar la administración de justicia.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala definir si el señor Argiro Quintero (q.e.p.d.), causó el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tomando en consideración la acumulación de tiempos cotizados a Colpensiones y los tiempos laborados a entidades públicas y, en consecuencia, si a los demandantes les asiste derecho al reconocimiento y pago de la prestación de sobrevivientes, en su calidad de compañera permanente e hijos supérstites.

i) De la acumulación de tiempos públicos y privados

Frente a la posibilidad de acumular tiempos de servicios cotizados o no a cajas del sector público y semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, implorado por la demandante a efectos del reconocimiento de la prestación de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, es dable afirmar que la reciente jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia permite esta posibilidad.

Sobre el particular, la máxima Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia CSJ SL947-2020 recogió el criterio que negaba la posibilidad de sumar servicios cotizados o no a otras cajas del sector público con las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, como quiera que así lo permite el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos

privados y públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social. Al respecto la citada sentencia puntualizó:

“No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens (...).

En esa misma línea de pensamiento, se verifica también la sentencia SL1981-2020, que ratifica esa posición jurisprudencial y ahonda en argumentos, para señalar que:

(i) El sistema de seguridad social, inspirado en el principio de universalidad y el trabajo como referente de construcción de la pensión, reconoce validez a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) a la que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados.

(ii) En tal dirección, el literal f) del artículo 13 refiere que para el reconocimiento de las pensiones del sistema se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) 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 lapso laborado.

(iii) Los beneficiarios del régimen de transición, son afiliados del sistema general de seguridad social y, por consiguiente, salvo en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de la pensión, las directrices, principios y reglas de la Ley 100 de 1993 les aplica en su integridad, lo que incluye la posibilidad de sumar todas las semanas laboradas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS, hoy Colpensiones.

(iv) Esta regla de cardinal importancia la resaltó el legislador en el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al habilitar para los beneficiarios del régimen de transición, los tiempos públicos y privados, cotizados o no a entidades de previsión social o al ISS.

(v) Para darle viabilidad a esta posibilidad legal de integrar las semanas laboradas en el sector público sin cotización al ISS, la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios regulan extensamente todo un régimen financiación de las prestaciones a través de cuotas partes y títulos pensionales.

Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada, entre otras, en sentencias CSJ SL2523-2020, CSJ SL2557-2020, CSJ SL2659-2020, CSJ SL3220-2020, CSJ SL3354-2020, CSJ SL 4529-2020, CSJ SL5181-2020, CSJ SL182-2021, CSJ SL485-2021 y CSJ SL1067-2021.

Al amparo de las anteriores reglas jurisprudenciales, es viable acumular los tiempos de servicios públicos que en vida cotizó el causante a otras cajas de previsión del sector público con las cotizaciones realizadas al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones a efectos de reconocer la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990.

En este orden de ideas, la Sala procede a verificar si el señor Argiro Quintero (q.e.p.d.), era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por consiguiente, si Colpensiones está obligado a reconocer y pagar la pensión de vejez post mortem, en

aplicación al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

ii) De la pensión de vejez

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estatuye que para las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones, 1º de abril de 1994, 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 cotizados, 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, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Al punto, se observa que, el señor Argiro Quintero (q.e.p.d.) nació el 4 de noviembre de 1949 y cumplió los 60 años de edad, el mismo día y mes del año 2009; por lo que, para el 01 de abril de 1994, contaba con 54 años de edad (copia del registro civil de nacimiento y de la cédula de ciudadanía⁴). En lo referente a las cotizaciones, de conformidad con la certificación electrónica de tiempos laborados CETIL, se evidencia que el causante prestó sus servicios en el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria Incora, entre el 18 de noviembre de 1968 al 15 de enero de 1972, esto es por 1154 días, equivalentes a 164,86 semanas⁵ y, había aportado al seguro Social 710,72 semanas, entre el 1º de febrero de 1972 y el 1º de abril de 1994⁶; acreditando un total 875,58 semanas para esa data, sin que hubiera consolidado su derecho pensional, por lo que resultó beneficiario del régimen de transición previsto en 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.

⁴ Fls.55 y 59, 01 DEMANDA Y ANEXOS

⁵ Fl.8, 21ExpedienteAdministrativoColpensiones.

⁶ Fls.83 a 84 y 94, 21ExpedienteAdministrativoColpensiones.

De lo anterior, se concluye que la exigencia de 750 semanas cotizadas a la eficacia del Acto Legislativo 01 de 2005, es aplicable únicamente para aquellos afiliados que cumplen los requisitos exigidos para el reconocimiento de su pensión de vejez con posterioridad al 31 de julio de 2010.

En el presente caso, el causante cumplió 60 años de edad el 4 de noviembre de 2009, es decir, antes del 31 de julio de 2010 - plazo fijado por la citada reforma constitucional – data para la cual también, acreditó más de 1000 semanas en toda su vida laboral. En ese horizonte, el requisito de cotizaciones exigido en el Acto Legislativo 01 de 2005 no debía ser acreditado para mantenerse como beneficiario de la transición, por lo que podía concedérsele la prestación a la luz de una norma anterior a la Ley 100 de 1993.

En este entendido, su derecho pensional se encuentra regulado por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en cuyos términos para acceder a la pensión de vejez requiere:

"a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo."

Bajo ese panorama, estima la Sala que es procedente reconocerle la pensión de vejez post mortem, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, pues el causante acreditaba 1021 semanas en toda su vida laboral, al cumplimiento de los 60 años de edad. En efecto, entre el 18 de noviembre de 1968 y el 15 de enero de 1972, acreditó 1154 días, equivalentes a 164,86 semanas laboradas, las que sumadas a las 856,14 efectivamente cotizadas al ISS entre el 1 de febrero de 1972 y el 31 de mayo de 2009, arrojan un total de 1.021 semanas; cumpliendo con el requisito mínimo de tiempo consagrado en el

artículo 12 de precepto en cita, para acceder a la prestación revisada, tal como lo encontró la juez de conocimiento; por lo que habrá lugar a confirmar la decisión de primer grado.

Causación y disfrute de la pensión

Disponen 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.

Así, aunque la regla general es que la desvinculación del sistema es un requisito necesario para el inicio del pago de la pensión, existen situaciones especiales que deben ser estudiadas de forma particular para determinar la fecha a partir de la cual se deben cancelar las mesadas pensionales, tal como lo ha adoctrinado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; SL, 22 feb. 2011, rad. 39391, SL 5306-2016, reiterada en SL756-2018.

En el presente asunto se verifica que el último aporte efectuado por el causante correspondió al periodo de mayo de 2009, época para la cual acreditaba más de 1.000 semanas entre tiempo público y privado. En consecuencia, el disfrute de la pensión se da para el 4 de noviembre de 2009, fecha en que alcanzó la edad para acceder al derecho.

De conformidad con lo anterior, hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez post mortem, entre el 4 de noviembre de 2009 y el 18 de abril de 2017, data de fallecimiento del afiliado (según se desprende del registro civil de defunción⁷), tal como acertadamente concluyó la jueza de primera instancia.

Prescripción

Como quiera que el derecho pensional del señor Argiro Quintero (q.e.p.d.) se hizo exigible el 4 de noviembre de 2009, la prestación fue

⁷ Fl.29, 21ExpedienteAdministrativoColpensiones

solicitada el 30 de noviembre de 2009, interrumpiendo el término prescriptivo por un periodo igual; la entidad mediante Resolución 023257 del 2 de agosto de 2010, negó el reconocimiento de la prestación, bajo el argumento de no acreditar el requisito mínimo de semanas (fls.63 a 66⁸); decisión notificada el 10 de diciembre siguiente, contaba con 3 años a partir de esa fecha para acudir a la jurisdicción ordinaria a reclamar su derecho, empero no lo hizo y; toda vez que falleció el 18 de abril de 2017 y la demanda fue presentada el 5 de agosto de 2020 (*fl.200, 01 DEMANDA Y ANEXOS*), esto es, por fuera del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la totalidad de mesadas correspondientes a la pensión post mortem a que podía tener derecho la demandante Ana Tulia Roa Rubio, en calidad de compañera permanente superviviente, se encuentran afectadas con el fenómeno prescriptivo.

No sucede lo mismo respecto de los hijos del causante, Ana Isabel Quintero Roa, nacida el 30 de mayo de 2004 y Ángel Daniel Quintero Roa, nacido el 12 de noviembre de 2002 (fls.30 y 31⁹), como quiera que para la fecha de fallecimiento de su padre, eran menores de edad, razón por la cual, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2541 y 2530 del Código Civil, la prescripción se encontraba suspendida, como lo ha explicado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, entre otras, en las sentencias 24369 de 25 de mayo de 2005, 35722 de 17 de junio de 2009 y, más recientemente en la SL1983 de 2019; tal como lo encontró la *a quo*.

Liquidación de la pensión

Toda vez que la mesada pensional fue determinada en primera instancia en un salario mínimo legal mensual vigente – decisión respecto de la cual se surte la consulta - y los demandantes no presentaron inconformidad al respecto, la Sala se releva de realizar cualquier validación, pues, en todo caso el valor de la prestación no podría ser inferior al determinado por la en primera instancia.

⁸ 21ExpedienteAdministrativoColpensiones

⁹ 21ExpedienteAdministrativoColpensiones

Número de mesadas

De conformidad con el párrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005, el señor Argiro Quintero (q.e.p.d.) dejó causado su derecho a percibir la pensión en 14 mesadas al año, como quiera que la prestación corresponde a un salario mínimo legal mensual vigente y se causó el 4 de noviembre de 2009.

iii) De la sustitución pensional

En el presente caso, quedó visto que Argiro Quintero (q.e.p.d.) falleció el 18 de abril de 2017, 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, modificado por la Ley 797 de 2003.

Así, el artículo 47 ibídem, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

(...)

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;”

En el presente asunto, de las pruebas allegadas al proceso, quedó acreditado, el vínculo respecto de la señora Ana Tulia Roa Rubio, como compañera permanente supérstite del occiso, por más de 18 años con anterioridad a su fallecimiento.

Es así como, a folios 68 a 78, fueron allegadas declaraciones extrajuicio rendidas por Ana Tulia Roa Rubio, Irene Díaz Suárez, Luz Mery Nieves Patarroyo y Margarita de Jesús Guzmán, así como para dar fe de la unión marital del *de cujus* y la demandante, por más de 15 años, unión de la que procrearon tres hijos; así como constancia de la junta de Acción Comunal de Arbolizadora Alta sector La Sultana, en donde se manifiesta que la pareja vivía con sus tres hijos en ese sector por aproximadamente 15 años¹⁰.

En el mismo sentido, en el trámite procesal se recibieron la declaración de parte de la demandante y, los testimonios de Irene Díaz Suárez, Luz Mery Nieves Patarroyo y Margarita de Jesús Guzmán; quienes fueron coincidentes en afirmar que la señora Ana Tulia Roa Rubio convivió con el señor Argiro Quintero (q.e.p.d.), por más de 15 años; tuvieron tres hijos; era el señor quien mantenía económicamente el hogar y; la relación duró hasta el día de su fallecimiento.

Es así como, Ana Tulia Roa Rubio afirmó que conoció al *de cujus* en Arbolizadora, en el paraíso en vistas del volador, 17 años atrás, desde ese momento se fueron a vivir juntos; en el año 2002 nació su hijo Ángel Daniel, en el 2004 la niña Ana Isabel y así convivieron hasta el día en que él falleció. Él tenía cuatro hijos mayores, que a veces lo visitaban, lo ayudaban con los medicamentos. El señor Argiro estuvo antes casado, afirma que estaba separado, pero no firmaron papeles debido a que éste se enfermó. Vivieron juntos en brisas del volador, luego en el Tesoro y, luego a la Arbolizadora Alta, a una casa del esposo de la hija del causante, donde vivieron hasta que, afirma, los sacaron de esa vivienda, ya fue cuando él se enfermó, cayó a cama y, después del hospital la hija se ofreció a cuidarlo, porque ella debía trabajar para sostener a sus hijos; eso ocurrió en febrero de 2017, dos meses después ocurrió el deceso; y todo el tiempo estuvo pendiente de él, con sus hijos iban los domingos, le llevaban que comer y, lo que necesitara. Informa que fue ella quien trabajó toda la vida, mientras que él cuidaba a sus hijos en casa, era ella quien llevaba la plata para pagar el arriendo, la comida, los servicios, todos los gastos. Él siempre estuvo afiliado al Sisbén. Afirma que él sufría de bastantes

¹⁰ 01 DEMANDA Y ANEXOS

enfermedades; hace mucho tiempo tuvo un accidente en una flota que lo dejó invalido de las caderas, después sufrió de diabetes, complicaciones de la próstata y finalmente murió de infarto.

Margarita de Jesús Guzmán Franco, ratificó lo manifestado en declaración extraprocesal que rindió ante la Notaría 56 del Círculo de Bogotá, indicando que distinguía hace muchos años a la demandante y al de cujus, porque tiene una tienda y el señor iba a comprar allá, mantenía con un ponchito y las muletas; toda la vida los conoció porque vivió ahí desde el año 1997, en Arbolizadora Alta, sector La Sultana. Ellos eran pareja, vivían en una casa en un primer piso, con los tres hijos. Convivieron hasta que el señor murió y como a los 2 o 3 meses la sacaron a ella de la casa, aunque él estaba viviendo en el campo; se lo llevaron para el hospital y no lo volvieron a llevar para la casa. Al hospital lo llevó la señora Ana Tulia, luego se enteró que se lo habían llevado para otro lado, otros familiares. Manifiesta que lo que sabe es porque estaba al frente de la casa de ellos. Tuvieron tres niños, dos niñas y un niño, Daniel, Isabel y Angélica, de quien inclusive estaba en embarazo cuando llegó a vivir en esa casa. Siempre veía al causante en la casa, la que siempre trabajó fue la señora Ana Tulia, él siempre cuidó los niños. Sabe que la casa donde vivía la pareja era de unos familiares de él.

Luz Mery Nieves Patarroyo, refirió que distinguió a la señora Ana Tulia y al de cujus, aproximadamente 12 años antes de que él falleciera, porque vivían enseguida de su casa, no fueron amigas, pero se saludaban y, a los hijos los conoció pequeños, dos niñas y un niño. Indica que el señor andaba como cojito, era como descaderado. Ellos vivían en una casa de la hija del señor, en una casa esquinera, en obra negra, muy pobremente vivían. Ellos llegaron a esa casa, cuando la niña mayor tenía por ahí unos 8 o 9 años, luego seguía el chico y luego la otra niña que estaba más pequeñita. Supo una vez por el señor era que él era separado de la propia esposa y que se había venido a vivir con la señora Ana. Manifiesta que a ella la sacaron de esa casa cuando vieron al causante bien enfermo, como que lo llevaron la primera familia de él, porque a la señora demandante le quedaba muy difícil sostenerlo y a ella la sacaron de esa casa, y el señor murió rápido después porque estaba muy enfermo.

Supo que el señor falleció en un hogar de los hijos de él, de los grandes; pero afirma que ellos vinieron a ver por él, ya prácticamente cuando se iba a morir, como 1 o 2 meses antes, vivió con la otra familia. Nunca vio que él trabajara, la que trabajaba era ella, trabajaba en casas de familia; el señor se quedaba en la casa cuidando los niños.

Finalmente, **Irene Díaz Suarez**, informó conocer a la señora Ana Tulia hace 18 años, en Caparrapí Cundinamarca, pues ella vivía allá porque era pequeña, pero después se fue para la ciudad. Tuvo unión libre con Argirio Quintero, la que inició hace 18 años; le consta porque eran muy amigas, iba a su casa en Arbolizadora alta y, fue la madrina de su hijo Ángel Daniel. Sabe que el causante estuvo muy enfermo, lo llevaron al hospital, luego se lo llevaron los hijos para un pueblo Sylvania, cree, para atenderlo y allá murió. Sabe que la señora Ana Tulia con el señor Argirio vivieron aproximadamente 18 años; supo cuando ella se unió con él, porque ella le comentó, pero fue a visitarlos, por eso le consta. No sabe que se hayan separado alguna vez. Antes de que el señor Argirio muriera, se lo habían llevado los otros hijos de unos 3 a 4 meses. Cuando ella tenía trabajo se compartían los gastos y cuando no, corría por cuenta de Argirio, los servicios y la comida.

Precisado lo anterior, y analizados en conjunto los medios probatorios antes señalados, estima la Sala que la demandante Ana Tulia Roa Rubio, en efecto logró demostrar la convivencia con el causante Argirio Quintero (q.e.p.d.), hasta la fecha de su deceso. Ello en el entendido que vivía con él para la época en que se enfermó y tuvo que ser hospitalizado, y aun cuando después se lo llevaron los hijos mayores a vivir en otra parte, no fue por más de 2 o 3 meses, aunado a que ocurrió precisamente por causa de su enfermedad, para que atendieran los cuidados que la demandante no podía en esos momentos ante su situación económica y su deber de cuidado frente a sus menores hijos.

Bajo este entendimiento, ha de tomarse en consideración la real convivencia de la pareja, basada en la existencia de lazos afectivos y el ánimo de brindarse apoyo y colaboración, pues en el derecho a la

sustitución pensional, la ley concede especial relevancia a la convivencia responsable y efectiva al momento del óbito.

Al quedar probada la calidad de compañera permanente supérstite de la accionante, cumple con los requisitos para ser beneficiaria del derecho a la sustitución pensional pretendida, en los términos requeridos en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Así las cosas, resulta acertada la decisión del *a quo* al reconocer el derecho de la actora reclamado por el fallecimiento de su compañero.

Ahora, de conformidad con los registros civiles de folios 30 y 31 (21ExpedienteAdministrativoColpensiones), se tiene que Ana Isabel Quintero Roa nació el 30 de mayo de 2004, por lo que cumplió 18 años de edad el 30 de mayo de 2022 y, Ángel Daniel Quintero Roa nació 12 de noviembre de 2002, alcanzando la mayoría de edad, en la misma fecha del año 2020. En el mismo sentido, cumplidos los 18 años de edad, ninguno de ellos acreditó la calidad de estudiante. Cumpliendo los parámetros establecidos en el literal c del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de su padre.

Así las cosas, verificado el derecho como beneficiarios que recae en cabeza de los demandantes, hay lugar al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a partir del momento del deceso del causante, correspondiéndole el 50% a la señora Ana Tulia Roa Rubio, en su calidad de compañera permanente supérstite y, el otro 50% a sus hijos Ana Isabel y, Ángel Daniel Quintero Roa, dividido en partes iguales, solo hasta cuando alcanzaron cada uno la mayoría de edad, momento en el cual se acrecentará el valor en cabeza de los restantes beneficiarios, tal como lo indicó la Juez de primer grado.

Prescripción

Estima la Sala, que respecto de la sustitución de la pensión en el presente asunto no ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que el derecho se hizo exigible el 18 de abril de 2017, la parte

actora presentó reclamación ante la entidad, negada por Resolución 216527 del 4 de octubre de esa anualidad; decisión contra la cual se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, resueltos por Actos administrativos SUB 245523 del 1º de noviembre de 2017 y DIR 20650 del 16 de noviembre de 2017, respectivamente (fls.97 a 105, 21ExpedienteAdministrativoColpensiones) y, la demanda se radicó se radicó el 5 de agosto de 2020 (fl.200, 01 DEMANDA Y ANEXOS), esto es, dentro del término trienal previsto en las normas sustantiva y procesal del trabajo.

iv) Aportes en 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 del 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 (CSJ SL2376-2018). Tal como lo advirtió la *a quo*.

v) Intereses moratorios

De conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1 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.

No obstante, como quiera que en el presente asunto el reconocimiento de la prestación se hace con base en la aplicación del criterio jurisprudencial según el cual debe tomarse en consideración la acumulación de tiempos cotizados a Colpensiones y los tiempos laborados a entidades públicas, para reconocer la pensión de vejez al amparo del

Acuerdo 049 de 1990, la entidad será absuelta de reconocer intereses moratorios y, en este sentido se confirmará la decisión de primer grado.

vi) Costas

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.

Sin 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de junio de 2022 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: 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
024 2020 00236 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 021 2022 00227 01
DEMANDANTE: JESÚS ALBERTO CÁRDENAS MANOSALVA.
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de mayo de 2023.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocerle la pensión de jubilación convencional, a partir del 20 de marzo de 2015, bajo los parámetros del artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social; liquidada con una tasa de reemplazo de 100% del promedio de lo percibido en los 3 últimos años de servicio, de manera retroactiva. Subsidiariamente, solicita los intereses moratorios y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 20 de marzo de 1960. Prestó servicios al ISS por más de 27 años, entre el 28 de abril de 1976 y el 25 de junio de 2003. Manifestó que entre la organización sindical Sintraseguridad Social y el Instituto de Seguros Sociales, se suscribió una convención colectiva de trabajo el 31 de octubre de 2001, de la cual era beneficiario, estableciendo en su artículo 98 la pensión de jubilación, con vigencia hasta el 2017. El 20 de marzo de 2015, cumplió 55 años de edad,

requisito que, sumado al tiempo de servicios con el ISS, le otorga derecho a la pensión referida. El 6 de diciembre de 2019 y el 24 de febrero de 2021, solicitó la prestación ante la UGPP, pero le fue negada bajo el argumento que la convención colectiva perdió vigencia de acuerdo al parágrafo 3 del Acto Legislativo 01 de 2005; decisión esta última recurrida y que fue resuelta confirmando la negativa (01DemandaAnexos, fls.3 a 10).

Al dar respuesta a la demanda, la UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó no constarle o no ser situaciones fácticas. Propuso las excepciones de mérito que denominó: *“A partir del Acto Legislativo 01 de 2005 las pensiones se causan siempre y cuando se reúnan todos los requisitos para causar las pensiones y de conformidad con las leyes del sistema general de seguridad social en pensiones”, “Ausencia de fundamentos jurídicos – la parte demandante no cumple con los requisitos contemplados en el artículo 98 de la convención colectiva celebrada entre el sindicato de trabajadores Sintraseguridad Social y el Instituto de los Seguros Sociales –no es procedente el reconocimiento pensional convencional por lo expresamente regulado en el Acto Legislativo 01 de 2005 y las sentencias SU – 897 de 2012; SU 555 de 2014 y SU 086 de 2018 de la honorable Corte Constitucional”, “Compatibilidad pensional de la pensión convencional y la pensión legal”, prescripción, buena fe y, las demás declarables de oficio. Argumentó que el Acto Legislativo 01 de 2005 impide el reconocimiento de la prestación reclamada, por cuanto el demandante al 31 de julio de 2010, no reunía el lleno de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional (archivo 07ContestacionDemandaUgpp, fls. 3 a 18).*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de mayo de 2023, absolvió a la demandada, declaró probada de oficio la excepción denominada no cumplimiento de los requisitos del artículo 469 del C.S.T. y, condenó en costas al demandante (20ActaAudiencia20230524).

Como sustento de su decisión, señaló que no fue allegada documental que diera soporte a la solicitud de la pensión de jubilación convencional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, al argumentar que no se tuvo en cuenta que la convención colectiva tiene fuerza vinculante para todos los trabajadores en el momento de la suscripción y, debido a la imposibilidad de encontrarla no se puso aportar como prueba más allá de la certificación laboral que indica que para el momento de la suscripción el actor se encontraba laborando dentro del seguro social.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, corresponde a la Sala determinar las pretensiones de la demandada a la luz de los argumentos expuestos como sustento del recurso de apelación y, en este entendido, verificar si ante la falta del convenio colectivo del cual derivan las peticiones del libelo, es dable acceder al reconocimiento pensional, únicamente con la certificación laboral.

Se encuentra acreditado dentro del proceso que: **i)** el promotor del juicio prestó sus servicios personales al extinto Instituto de Seguros Sociales del 28 de abril de 1976 y el 25 de junio de 2003, desempeñándose como Auxiliar Servicios Asistenciales, como consta con la certificación expedido por el PAR ISS, el 9 de febrero de 2021, así como la certificación electrónica de tiempos laborados – CETIL (fls. 6 a 8 y 27 a 32); **ii)** nació el 20 de marzo de 1960, por lo que cumplió 50 años de edad el mismo día y mes de 2010, según se verifica con la copia de la cédula de ciudadanía y del registro civil de nacimiento (fls.33 y 35)¹.

¹ 09ExpedienteAdministrativoUgpp

Pues bien, arguye el demandante que pese a que no fue aportada la copia de la convención colectiva base de las pretensiones, la convención colectiva tiene fuerza vinculante para todos los trabajadores en el momento de la suscripción.

Revisado el expediente, encuentra la Sala que, en efecto, el demandante no aportó copia de la convención colectiva suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social “SINTRASEGURIDADSOCIAL” contentiva del derecho pensional deprecado en el presente proceso.

Al respecto, el artículo 469 del Código Sustantivo de Trabajo dispone que la convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, **que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional de Trabajo**, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. **Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto** (Negrilla de la Sala).

De esta manera, en cuanto a pretensiones convencionales, es deber de la parte demandante aportar el escrito de la convención colectiva, inclusive en copia, sin que ello la exima de la obligación adicional de aportar su constancia de depósito en tiempo ante el Ministerio de Trabajo como lo dispone el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, pues se trata de una solemnidad que necesariamente debe ser demostrada en el proceso, si lo que se pretende derivar algún efecto jurídico a la convención colectiva.

Así lo ha explicado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al resolver casos de contornos similares al presente, en donde no se aporta el convenio colectivo o se aporta de manera incompleta, sin constancia de depósito. Así lo refirió en sentencia CSJ SL, 15 jul. 2018, rad. 31074, reiterada entre otras, más recientemente en la CSJ SL1837-2023; en esta última, indicó:

(...) de otro lado, en lo relacionado con la controversia formulada por el demandante frente a la absolución de las prestaciones extralegales, es preciso comenzar por recordar que cuando se están debatiendo derechos cuya fuente es de origen convencional, es menester que el ejemplar de la convención colectiva de trabajo contentiva del derecho pretendido sea aportada al proceso con la respectiva constancia de depósito ante el Ministerio de Trabajo, en los términos del artículo 469 del CST, so pena de que dicho acuerdo carezca de validez o eficacia probatoria.

Así lo consagra el mencionado artículo 469 del CST que refiere que la convención colectiva *«se depositará a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma»* y agrega, específicamente, que *«sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto»*; lo que significa que la CCT es un acto solemne y su eficacia depende del cumplimiento de los requisitos legales.

En esa dirección, esta corporación ha precisado de tiempo atrás, que la convención colectiva de trabajo, aportada como un elemento de prueba en el proceso laboral, debe ser allegada con la respectiva constancia de depósito ante el Ministerio de Trabajo, ya que este último presupuesto corresponde a una solemnidad de *«indispensable cumplimiento»*. Así se consagró, por ejemplo, desde la sentencia CSJ SL, 15 jul. 2008, rad. 31074, la cual ha sido reiterada entre otras, en las decisiones CSJ SL5025-2019, rad. 68999 y CSJ SL551-2020, rad. 67775. En la primera de las sentencias se adoctrinó lo siguiente:

Por último, tampoco asiste razón a la censura en los cuestionamientos que hace respecto a la validez de las copias de la convención colectiva, en cuanto señala que no es necesario acreditar el depósito oportuno de la convención colectiva, pues otra cosa muy distinta es lo que ha sostenido invariablemente la jurisprudencia de esta Sala, tal como se expresó en la sentencia del 14 de noviembre de 2007 (rad. 31220):

“Esta Sala de la Corte, en Sentencia de 22 de abril. Rad. 24115, en relación con el tema propuesto, sostuvo lo siguiente:

“Olvida el recurrente que el depósito de la convención colectiva de trabajo dentro del término de los 15 días siguientes a su firma, en el Ministerio del Trabajo, hoy de la Protección Social, tal cual lo dispone el artículo 469 del C. S. del T., es un requisito solemne, de indispensable cumplimiento, para que la aludida prueba tenga significado probatorio dentro del proceso. De esta forma, acorde con lo previsto por el artículo 87 del C. P. del T. y S. S., modificado por el 60 del Decreto 528 de 1964, en su numeral 1º, inciso segundo, cuando se pretenda alegar su desconocimiento por parte del tribunal, deberá indicarse que incurrió en error de derecho, y no de hecho, como equivocadamente lo precisa la censura”.

“Por lo demás, el artículo 61 del C. P. del T. y S. S., que trata de la libre formación del convencimiento del juez en la valoración de las pruebas, en lo pertinente preceptúa: “Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio”, precepto que tuvo en cuenta el Tribunal al exigir la constancia del depósito oportuno de la convención, ante el mandato legal en ese sentido, contenido en la disposición ya citada”.

(Subraya la Sala)

Dicha posición también fue mencionada en la sentencia CSJ SL, 4 dic. 2012, rad. 37106; esta última que fue reiterada en la CSJ SL5025-2019, en la cual se dejó sentado que, si en el litigio laboral se presenta una CCT como fuente de derechos de naturaleza extralegal, su acreditación solo podrá hacerse allegando su texto que contenga el *«acto que entrega noticia de su depósito oportuno ante la autoridad administrativa del trabajo»*.

En esa línea de pensamiento, se advierte que en el presente asunto, los hechos base de las pretensiones formuladas por el promotor del juicio carecen de la prueba ***ad substantiam actus***. Recuérdese que, sobre este aspecto, de antaño ha dicho la jurisprudencia de la corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, que tratándose de la incorporación de las convenciones colectivas de trabajo como medio de convicción al proceso laboral, le incumbe a la parte solicitante de los derechos y prestaciones convencionales, la carga probatoria de allegar o verificar que el texto de la CCT, que funge como fuente de los derechos convencionales, haya sido incorporado debidamente, pues, de no hacerlo, deberá asumir las consecuencias adversas frente a las reclamaciones presentadas en relación a dicho texto extralegal (CSJ SL3495-2014, rad. 40022, reiterada en la decisión CSJ SL2951-2018 y en la SL1837-2023).

Cumple precisar, que de conformidad con el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo, el juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. **Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio.**

En consecuencia, si la parte demandante pretendía el reconocimiento de un derecho convencional, lo mínimo que debió probar en el proceso era la existencia de la convención colectiva y el hecho que la misma había sido depositada en el Ministerio de Trabajo para que produjera efectos. Como quiera que ello no sucedió, considera la Sala que fue acertada la conclusión a la que llegó la juez de primera instancia al absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra; razón por la cual, se confirmará la sentencia de primer grado.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de mayo de 2023.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada