



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 027 2019 00809 01
DEMANDANTE: LUZ STELLA LEON PATIÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto 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 Veintisiete 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 nulidad o subsidiariamente la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Porvenir el 13 de marzo de 2000. En consecuencia, se ordene a Porvenir a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud a su vinculación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; y a Colpensiones a recibirla como su afiliada con los valores referidos. Así mismo, se condene a las demandadas a pagar lo ultra y extra *petita* y, las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 12 de septiembre de 1960; se afilió a Colpensiones el 27 de marzo de 1980. Aduce que mediante todo tipo de engaños, suscribió formulario de afiliación a Porvenir, a través de los asesores el 13 de marzo de 2000, la

que se hizo efectiva el 1 de mayo siguiente. Que Porvenir no le informó sobre la oportunidad que tenía de trasladarse nuevamente a los 5 años; no se le brindó asesoría suficiente, adecuada, veraz, oportuna, clara, completa y cierta, respecto a las diferencias, tipo de prestaciones, beneficios, desventajas o inconvenientes de ese régimen, ni las implicaciones sobre sus derechos pensionales, o cuál era el régimen que más le convenía; tampoco le informó requisitos, ni características, modalidades de pensión, o acerca del bono pensional, ni derecho de retracto. Solicitó su traslado a Colpensiones, pero le fue negado en razón a su edad. Posteriormente, solicitó ante las demandadas la nulidad, pero le fue negada. A la presentación de la demanda, se encuentra afiliada y cotizando a Porvenir (expediente digitalizado, archivo 01, fls.5 a 18).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante y, las peticiones traslado y nulidad, con su respuesta negativa. 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 (expediente digital, archivo04 fls.4 a 41).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la fecha de nacimiento de la demandante, la suscripción del formulario de afiliación con esta AFP, la solicitud de nulidad de traslado, su negativa y, la actual afiliación de la actora. Frente a los demás hechos manifestó que no le constan o no son ciertos. 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; y que durante su vinculación como afiliada de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad de hacerlo (expediente digital, archivo 10, fls.1 a 36).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 24 de julio de 2023 (expediente digital, archivo 15), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora Luz Stella León Patiño 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 Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Luz Stella León Patiño 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: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones afiliar nuevamente a la señora Luz Stella León Patiño al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, recibir las cotizaciones provenientes de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y actualizar la historia laboral de la demandante para incluir las semanas cotizadas al RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a la demandada la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$2'000.000 como agencias en derecho.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la 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

Inconforme Colpensiones manifestó 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 y permaneciendo allí afiliada por 23 años, por lo que debe asumir las consecuencias legales de tales decisiones, que no es otra que regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos para el régimen de ahorro individual con solidaridad.

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 a la afiliada 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 de la afiliada y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación a la afiliada 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 la afiliada es o no beneficiaria 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 27 de marzo de 1980 al

31 de marzo de 2000 (expediente digital, archivo 04. fl.92); 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 13 de marzo de 2000 (expediente digital, archivo 10. fl.37).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que inició su vida laboral cuando tenía 18 años, y estuvo afiliada al seguro social a través de diferentes empleadores; en marzo de 2000 fueron a la oficina asesores de Porvenir y les dijo, que el Seguro Social se iba a acabar, y que quién les iba a responder por eso; ella y sus compañeros de trabajo le creyeron y suscribieron el formulario que les dio, porque tenían beneficios, porque íbamos a tener un mayor rendimiento, se podrían pensionar más jóvenes; fue el asesor quien llenó el formulario. Cuando quiso retornar a Colpensiones, se lo negaron por no estar dentro de la Ley. En el 2019, iba a cumplir 59 años y más de 20 años trabajando, fue a averiguar y le indicaron que hasta los 62 años podría pensionarse, y con \$828.000 aproximadamente. Aduce que en el momento del traslado preguntó si podría pensionarse con menor edad y el asesor le dijo que sí, que ese era uno de los beneficios del fondo.

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 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., 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 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).

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.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR en el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de julio de 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: 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 2020 00378 01
DEMANDANTE: NEHEMIAS ALBERTO FERNANDEZ MAESTRE
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto 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 Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de julio de 2022. Igualmente, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, entidad de la cual es garante la Nación.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que fue retirado 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 55 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 13 de agosto 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 junio de 2007, hasta cuando sea incluido en nómina; lo ultra y extra *petita* 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 trabajador 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 55 años; por lo que adquirió el derecho de la pensión convencional en esa data, haciéndose exigible una vez cumplió los 55 años, esto es, el 13 de agosto de 2006. Que la Caja Agraria, emitió Resolución No. 04743 de 28 de agosto de 2006, por medio de la cual le reconoció la pensión de jubilación convencional a partir del 13 de agosto de 2006, en cuantía inicial de \$1'381.373,50, equivalente al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, sin reconocer la mesada adicional de junio o mesada catorce; por Resolución 549 de 28 de febrero de 2011, actualiza el salario base, elevando la cuantía inicial a \$2'169.877,07. Finalmente, manifiesta que agotó la reclamación administrativa (archivo 01, fls.1 a 13).

Al dar respuesta a la demanda, la UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones condenatorias. En cuanto a los hechos los aceptó en su totalidad. Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación y, prescripción de las mesadas. 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 (archivo 10, fls.3 a 6).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de julio de 2022 (archivo 18Acta), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP a pagar al señor NEHEMIAS ALBERTO FERNANDEZ MAESTRE las mesadas adicionales de junio de los años 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022 y las que se causen con posterioridad, debidamente indexadas a la fecha de pago, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de PRESCRIPCIÓN y NO PROBADA la de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN formuladas por la demandada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la entidad demandada en la suma de \$800.000 como agencias en derecho.

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 el 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 13 de agosto de 2006 y su mesada pensional es superior a 3 salarios mínimos.

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 el actor 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)** el promotor del juicio prestó sus servicios personales a la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 22 de agosto de 1978 hasta el 27 de junio de 1999, y **ii)** la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en

liquidación, mediante Resolución 04743 del 28 de agosto de 2006, le reconoció pensión de jubilación convencional a partir del 13 de agosto de 2006, en cuantía inicial de \$1'381.373,50 y, por Acto Administrativo 549 de 28 de febrero de 2011, actualizó la mesada inicial en la suma de \$2'169.877,07 (archivo 11, fls. 54 a 56 y 83 a 86).

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 parágrafo 1º del mismo precepto extralegal, dispone que:

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

Frente a dicha cláusula convencional, 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 el accionante prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 22

¹ Archivo 04Pruebas, fls.24 a 25.

de agosto de 1978 hasta el 27 de junio de 1999 esto es, por más de 20 años². Ahora, como quiera que nació el 13 de agosto de 1951, alcanzó la edad de 55 años el mismo día y mes del año 2006³. En consecuencia, el promotor 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 13 de agosto de 2006, y, el demandante reclamó ante la entidad por primera vez el reconocimiento de la mesada el 14 de noviembre de 2019 (archivo 02, fls.13 a 17), 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 3 de noviembre de 2020 (archivo 05ActaReparto). En consecuencia, las mesadas causadas con anterioridad al 14 de noviembre de 2016 se encuentran prescritas, como acertadamente concluyó la primera instancia.

Indexación

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

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

² Archivo 11, fls. 54 a 56

³ Archivo 11, fl.24 copia del registro civil de nacimiento y, fl.26 copia cédula de ciudadanía

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).

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
1/01/2006	31/12/2006		\$ 2.169.877,07
1/01/2007	31/12/2007	4,48%	\$ 2.267.087,56
1/01/2008	31/12/2008	5,69%	\$ 2.396.084,85
1/01/2009	31/12/2009	7,67%	\$ 2.579.864,55
1/01/2010	31/12/2010	2,00%	\$ 2.631.461,84
1/01/2011	31/12/2011	3,17%	\$ 2.714.879,18
1/01/2012	31/12/2012	3,73%	\$ 2.816.144,18
1/01/2013	31/12/2013	2,44%	\$ 2.884.858,10
1/01/2014	31/12/2014	1,94%	\$ 2.940.824,34
1/01/2015	31/12/2015	3,66%	\$ 3.048.458,51
1/01/2016	31/12/2016	6,77%	\$ 3.254.839,16
1/01/2017	31/12/2017	5,75%	\$ 3.441.992,41
1/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 3.582.769,90
1/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 3.696.701,98
1/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 3.837.176,65
1/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 3.898.955,20
1/01/2022	31/12/2022	5,62%	\$ 4.118.076,48
1/01/2023	31/12/2023	13,12%	\$ 4.658.368,11

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 y en la apelación ante su no causación.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de julio de 2022.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



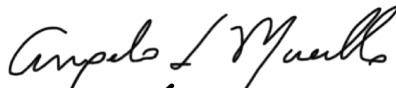
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

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 030 2021 00060 01
DEMANDANTE: GUSTAVO DIEGO YEPES GARCES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de abril de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare el derecho a la reliquidación de su pensión de vejez, conforme al Decreto 758 de 1990 y las sentencias CSJ SL1947 y SL1981 de 2020. En consecuencia, se condene a Colpensiones a reliquidar el valor de la pensión de vejez con una tasa de reemplazo del 90% del IBL más favorable; a pagar las diferencias entre la mesada pensional reconocida y el valor que se reliquide, debidamente indexado; las costas procesales y agencias en derecho y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 15 de mayo de 1942. Prestó sus servicios en el sector público, para el Departamento Nacional de Planeación desde el 01 de noviembre de 1972 hasta el 31 de diciembre de 1991, cotizando a la Caja de Previsión Cajanal; laboró para la Secretaría Distrital de Cultura, Recreación y Deporte de Bogotá desde el 24

de julio de 1992 al 02 de enero de 1994, cotizando a Foncep y; cotizó al entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, un total de 524,71 semanas, entre el año 1985 hasta el 2006. Mediante Resolución No. 014545 del 21 de abril de 2006 la demandada le reconoció pensión de vejez, en un 85% del Ingreso Base, conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1936. El 13 de noviembre de 2020, solicitó la reliquidación de su pensión en un 90% con base en el Decreto 758 de 1990 y las Sentencias CSJ SL1974 y SL1981 de 2020 de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Frente a los hechos manifestó ser cierta la data de nacimiento del actor y, no constarle los demás. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, compensación, inexistencia intereses moratorios, pago de lo no debido, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros, buena fe y, las demás declarables oficiosamente. En su defensa argumentó que, el acto administrativo expedido por Colpensiones que reconoció la pensión de vejez a favor del actor y los subsiguientes, se encuentran ajustados en derecho, pues se tomaron factores de edad y semanas cotizadas que lo ubican bajo los presupuestos legales (fls.1 a 9²).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 5 de abril de 2022 (archivo 14³), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR, a la Administradora Colombiana De Pensiones COLPENSIONES a reajustar el valor de la mesada pensional de vejez del demandante Gustavo Diego Yepes Garcés, identificado con C.C. 19.123.313, modificada mediante Resolución SUB 11176 de 25 de enero del 2021, equivalente al 90% del IBL, bajo los presupuestos del régimen de transición, Acuerdo 049 de 1990, reconociendo en forma definitiva como mesada pensional la cantidad de \$3'895.483 mensuales, a partir del 13 de noviembre del 2017, junto con sus incrementos legales y mesadas adicionales, 13 mesadas al año, quedando la pensión reajustada para el año 2022, en la suma de \$4'660.643.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción de los mayores valores de la pensión causados desde el 21 de abril del 2006 al 13 de noviembre del 2017.

¹ Expediente digital, archivo 01. DEMANDA

² Expediente digital, carpeta 05. CONTESTACION COLPENSIONES

³ Carpeta: 14. AUDIENCIA 5 DE ABRIL// Archivo: 11001310503020210006000_L110013105030CSJVirtual_02_20220405_083000_V

TERCERO: CONDENAR, a la Administradora Colombiana De Pensiones COLPENSIONES, al pago de la suma de \$13'604.220, como retroactivo que debe recibir el demandante Gustavo Diego Yepes Garcés, producto de la diferencia entre lo recibido como pensión desde el 13 de noviembre del 2017 hasta el 31 de marzo del 2022 inclusive.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana De Pensiones, a reconocer y pagar a favor del pensionado señor Gustavo Diego Yepes Garcés, la indexación del retroactivo del mayor valor pensional desde que cada obligación se hizo exigible hasta cuando se verifique su pago.

QUINTO: CONDENAR en costas la parte pasiva. Liquidense por secretaría e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1'300.000.

SEXTO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de CONSULTA ante el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, por resultar la sentencia adversa a Colpensiones.

Como sustento de su decisión señaló que, de conformidad con el parágrafo segundo del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 y, lo dispuesto por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de justicia en Sentencia SL1981 de 2020, la pensión del demandante debió liquidarse teniendo en cuenta la totalidad de semanas cotizadas y reconocidas por Colpensiones, esto es, 1488 semanas en toda su vida laboral, tanto en otras entidades de previsión social del sector público, como las que cotizó al ISS; por lo que debió aplicarse una tasa de reemplazo del 90%. Sin embargo, al haberse reconocido la prestación mediante resolución del 21 de abril de 2006 y, solo haberse presentado la reclamación correspondiente, más de 3 años después, resultan afectadas por el fenómeno de la prescripción, las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 13 de noviembre de 2017.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes presentaron recurso de apelación.

El demandante adujo que, su status jurídico es del 15 de mayo de 2002, toda vez que en ese momento acreditó los requisitos para acceder a la pensión de vejez, esto es, con anterioridad a la expedición del Acto legislativo 01 de 2005, por lo cual, le asiste el derecho al retroactivo por 14 mesadas pensionales.

Colpensiones solicitó se revoque la sentencia en razón a que, el Decreto 758 de 1990 solo permite el estudio de la liquidación de tiempo

cotizado cal ISS hoy Colpensiones y no a otras cajas; no siendo posible aplicar la Sentencias SL1947 de 2020 y SL1981 de 2020, toda vez que, tomar los tiempos públicos, es para el reconocimiento para aquellas personas que no lograron el reconocimiento pensional, cual no es el caso del demandante. De otra parte, reprocha la condena en costas, de conformidad con el artículo 48 constitucional, que prohíbe destinar los recursos de las instituciones a la seguridad social para fines diferentes a ella y, en atención con el artículo 365 del CGP, por cuanto prosperó parcialmente la excepción 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 la Sala definir si la pensión que fue reconocida a Gustavo Diego Yepes Garcés debe ser reliquidada al amparo del Decreto 758 de 1990 y en consecuencia, si la demandada está llamada a pagar las diferencias pensionales.

Es verdad probada que: *i)* Colpensiones reconoció al accionante, pensión de vejez mediante Resolución No. 014545 del 21 de abril de 2006, en cuantía inicial de \$2'234.0613, en aplicación de la Ley 100 de 1993, tomando 1488 semanas cotizadas, un IBL de \$2'628.307 y, una tasa de reemplazo del 85%, quedando el ingreso a nómina condicionado al retiro definitivo; *ii)* dicha resolución fue modificada por la No. 037027 del 18 de septiembre siguiente, en el sentido de dejar como valor de la mesada pensional en la suma de \$2'167.558, a partir del 31 de agosto de esa anualidad y; *iii)* por Acto Administrativo SUB11176 del 25 de enero de 2021, se dispuso reliquidar la prestación del actor, tomando en cuenta 1,549 semanas de cotización, de conformidad con lo establecido en la Ley

100 de 1993, tomando para el ingreso base de cotización los factores salariales establecidos en los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 y artículo 1º del Decreto 1158 del 3 de junio de 1994, un IBL de \$4'328.314, con una tasa de reemplazo del 85%, arrojando una mesada de \$3'679.067 para el 2017⁴.

i) De la acumulación de tiempos públicos y privados.

La acumulación de tiempos de servicio cotizado o no a cajas del sector público y semanas cotizadas al ISS, reclamada por el demandante a efectos del reconocimiento de la prestación de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, es viable conforme a la actual doctrina de la Sala de Casación Laboral.

La 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 1º 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 estos 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.

⁴ 13. EXPED. ADTIVO COLPENSIONES//CC-19123313//i) GRF-AAT-PJ-2015_4846224-20150529161423; ii) GEN-REQ-IN-2020_11624204-20201127012141 (fls.15 y 16) y; iii) GRF-AAT-RP-2020_11624204-20210125024843

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 ultra activa 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 ultra activos 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 ultra activa 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 pensamiento, la Corte adoctrinó en fallo CSJ SL1981-2020:

(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 parágrafo 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.

Lo anterior ha sido reiterado, 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 cotizó el promotor del juicio 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.

Paralelamente, se advierte que las reglas antes descritas también resultan aplicables en aquellos eventos en los que se pretende la reliquidación pensional. Así lo indicó la sentencia CSJ SL 2557-2020.

ii) Del régimen de transición.

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

Al punto, se observa que, el demandante 1º de abril de 1994 contaba 51 años de edad, dado que nació el 15 de mayo de 1942 (copia de la cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento)⁵. De conformidad con la Resolución SUB 11176 del 21 de enero de 2021, para el 1º de abril de 1994 contaba con 1086.71 semanas cotizadas⁶; de suerte que es beneficiario de transición.

⁵ 13. EXPED. ADTIVO COLPENSIONES//CC-19123313//GEN-DDI-AF-2015_4846224-20150529161423 y GEN-RCN-AF-2015_4846224-20150529161423

⁶ 13. EXPED. ADTIVO COLPENSIONES//CC-19123313//GRF-AAT-RP-2020_11624204-20210125024843

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.

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 accionante cumplió 60 años de edad el 15 de mayo de 2002, fecha para la cual había acreditado más de 1000 semanas de cotización, es decir, con anterioridad al 31 de julio de 2010, luego en su caso, no opera la exigencia de cotización señalada en el referido Acto.

Bajo este panorama, estima la Sala que el accionante es beneficiario del régimen de transición y es procedente analizar el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

iii) De la pensión de vejez.

En los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, para acceder a la pensión de vejez se 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."

Estima la Sala que es procedente reconocer la prestación al amparo de esta normatividad, como quiera que el demandante logró cotizar más de 1.000 semanas y cumplió 60 años para el 15 de mayo de 2002.

Para determinar el monto de la pensión, la Sala da aplicación a lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, se tiene que el IBL, de conformidad con los salarios devengados por el actor en toda la vida laboral, asciende a \$4'328.314 y; como quiera que cotizó más de 1.250 semanas, se aplica una tasa de remplazo del 90%, lo que arroja una mesada inicial para el año 2017 de \$3'895.483, tal como lo encontró el a quo. En consecuencia, la sentencia de primera instancia será confirmada en este punto.

iv) Prescripción

Como quiera que la prestación pensional, inicialmente fue reconocida por Resolución 014545 del 21 de abril de 2006, la reliquidación fue solicitada el 13 de noviembre de 2020 (*expediente digital, 02. ANEXOS, fl.15*), 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 y, la demanda fue presentada el 10 de febrero de 2021 (*00.SECUENCIA 1950*), hay lugar a declarar prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 13 de noviembre de 2017. En este sentido se confirma la decisión de primera instancia.

v) De la mesada catorce

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”*.

Puestas, así las cosas, se tiene que el demandante causó su prestación el 15 de mayo de 2002, fecha para la cual, como quedó visto, cumplió con los 60 años de edad y, ya había completado más de 1000 semanas; por tanto tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional echada de menos en la sentencia de primer grado, por lo cual, habrá lugar a modificar la decisión en este aspecto.

vi) De las costas

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a la demandada 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 de pensiones resultó derrotada, pues se condenó a reajustar el valor de la mesada pensional del actor. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó a Colpensiones a pagar las costas del proceso.

No se causan costas en el grado jurisdiccional de consulta, 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 el 5 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., únicamente en el sentido de indicar que la prestación por vejez del actor, debe ser por 14 mesadas anuales.

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

TERCERO: 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



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 032 2019 00433 01.
DEMANDANTE: RODRIGO GGAMEZ IBAGUÉ.
DEMANDADO: CORPORACIÓN UNIVERSITARIA
IBEROAMERICANA.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto 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 Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de marzo de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante convocó a juicio al demandado para que se declare la existencia de un contrato de trabajo del 17 de octubre de 2015 al 10 de marzo de 2017, ejecutando funciones como Coordinador de Homologación y devengando un salario, sin que le fueran cancelados sus derechos laborales, ni aportes a pensión y salud. En consecuencia, se condene al pago de cesantías, intereses de cesantías, primas de navidad, de vacaciones y de servicios, subsidio familiar, dotaciones y, demás derechos que se hayan causado; aportes a seguridad social en salud y pensión; indexación; las demás condenas *extra y ultra petita* y; costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que laboró al servicio de la demandada, desempeñando el cargo de Coordinador de homologación y docente, mediante contratos de prestación de servicios, entre el 17 de octubre de 2015 al 10 de marzo de 2017, simulando una relación de

carácter legal y reglamentaria. Aduce que laboró bajo subordinación y dirección de la demandada, cumpliendo un horario de 8 horas diarias, de lunes a sábado; y, percibiendo como contraprestación, un salario de \$4'500.000. Aduce que la relación se disfrazó y ocultó mediante sucesivos contratos de prestación de servicios que desconocían la realidad y, eran ficticios. No se le han cancelado las acreencias laborales ahora pretendidas, ni se le efectuaron aportes a salud y pensión (fls.2 a 17).

Al contestar la demandada se opuso al éxito de las pretensiones. Manifestó no ser ciertos los hechos. Propuso la excepción de prescripción como previa y de mérito y, como perentorias, las de inexistencia de las obligaciones a cargo del demandado, cobro de lo no debido, buena fe y, las demás declarables oficiosamente. En su defensa, manifestó que entre las partes se acordó la existencia y desarrollo de varios contratos de prestación de servicios profesionales, que se ejecutaron con plena autonomía e independencia por parte del demandante; sin que ninguno de los elementos esenciales del contrato dispuestos en el artículo 23 del C.S.T., pueda predicarse haber existido entre las partes (fls. 52 a 68).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de marzo de 2022 (*expediente digitalizado, archivo 16*), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción y NO PROBADAS las demás excepciones formuladas por la demandada CORPORACIÓN UNIVERSITARIA IBEROAMERICANA, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR que entre el demandante RODRIGO GÁMEZ IBAGUÉ y la demandada CORPORACIÓN UNIVERSITARIA IBEROAMERICANA existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 12 de diciembre de 2015 y el 10 de marzo de 2017.

TERCERA: CONDENAR a la demandada CORPORACIÓN UNIVERSITARIA IBEROAMERICANA a pagar al demandante RODRIGO GÁMEZ IBAGUÉ los siguientes valores y por los siguientes conceptos:

- Por cesantías la suma de \$6.760.000
- Por intereses a las cesantías la suma de \$675.444
- Por vacaciones la suma de \$3.450.000

- Por prima de servicios la suma de \$4.017.333

Los anteriores valores deberán pagarse indexados desde el día 10 de marzo de 2017 hasta el momento de su pago definitivo.

CUARTO: CONDENAR a la demandada CORPORACIÓN UNIVERSITARIA IBEROAMERICANA a pagar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones del demandante RODRIGO GÁMEZ IBAGUÉ teniendo como salarios entre el 12 de diciembre de 2015 y el 31 de enero de 2016 la suma de \$4.800.000, del 1 de febrero al 31 de mayo de 2016 la suma de \$5.280.000 y del 1 de junio de 2016 al 10 de marzo de 2017 la suma de \$5.520.000.

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

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada y a favor del demandante. Tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (2) smlmv.

En lo fundamental, señaló que se acreditó la prestación personal del servicio por parte del actor en favor de la demandada, de manera continua desde el 12 de diciembre de 2015 hasta el 10 de marzo de 2017 y, que con ocasión de ese servicio percibía una remuneración. Aduce darles mayor credibilidad a los testigos aportados por la parte demandante, dado que, al efectuar la confrontación con la prueba documental, llegó a la conclusión de que respecto de la actividad de homologaciones el demandante estuvo subordinado a las instrucciones de la corporación universitaria a través de sus representantes.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada apeló lo resuelto, bajo el argumento de haber desvirtuado plenamente la condición de subordinación, que es el elemento distintivo y con base en el cual debería haberse absuelto a la accionada. Aduce que el testimonio de la doctora Silvia Quintero fue coherente y persistente, en la libertad de autonomía que tenía el demandante al momento de determinar las condiciones de prestación de servicio, especialmente lo que tiene que ver con la libertad para establecer los horarios; mientras que el testimonio de Armando Colmenares, nada aporta al proceso en la medida que no tuvo conocimiento directo, sino de oídas y, el de Jessica Góngora, aun cuando dice que el actor cumplía un horario, de su mismo dicho se desprende que ella no tenía certeza de la hora de entrada ni salida del actor. Finalmente, que los informes a los que

hizo referencia el juzgado, no reflejan de manera alguna un aspecto de subordinación; De manera subsidiaria solicita se revoque la condena por aportes a seguridad social en pensión, toda vez que, al haber sido cancelados directamente por el accionante, resultarían en un doble pago por el mismo concepto.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Colegiatura desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, y en tal sentido, definir si es procedente declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo y, si en consecuencia tiene derecho al pago de las acreencias laborales reclamadas en el libelo introductorio.

(i) Del contrato realidad

Arguye el demandante haber estado vinculado con la demandada, mediante contrato de trabajo a término indefinido, del 17 de octubre de 2015 al 10 de marzo de 2017, Coordinador de Homologación de la Facultad de Ciencias Humanas. Por su parte, arguye el demandado que no existió una relación laboral, sino por el contrario, se acordó la existencia y desarrollo de varios contratos de prestación de servicios profesionales, que se ejecutaron con plena autonomía e independencia por parte del demandante.

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

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

A su vez, establece el artículo 24 *ibídem*, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, una presunción legal respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole a quien la alega, la acreditación de la prestación del servicio personal, y a quien resiste la pretensión, derribar la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta.

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

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

En el presente asunto, no es materia de discusión la prestación personal del servicio por parte de Rodrigo Gámez Ibagué a la Corporación

Universitaria Iberoamericana, pues así fue aceptado desde la contestación de la demanda, además de constatarse con la certificación expedida por la demandada (fls.19 a 21 a 52), así como, las relaciones de horas trabajadas y las copias de las cuentas de cobro, allegadas (fls.71 a 114); lo que activa de inmediato la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T., correspondiéndole a la parte demandada desvirtuarla, ya sea mediante la demostración de otro nexo contractual diferente al de trabajo, o acreditando la ausencia de subordinación.

Es así como el demandante, al absolver su interrogatorio de parte, manifestó no haber celebrado ningún tipo de contrato físico, que todo fue verbal. Acepto haber prestado sus servicios profesionales como tutor, así como el servicio de homologación, dentro de diferentes convenios del programa de licenciatura y pedagogía infantil a distancia y presencial, entre el 17 de octubre de 2015 y el 10 de marzo de 2017. Comenzó como profesor de tecnologías en octubre, como docente de tecnología aplicada a la educación, el 5 o 7 de diciembre lo convocaron como homologado, hasta el día 20 de marzo de 2017; lo ascendieron como coordinador de homologaciones, como director de homologaciones y, aparte de eso le dieron unas asignaturas de diferentes áreas como tecnología aplicada a la educación y, didáctica de la matemática. En cuanto a las cuentas de cobro en las que se cruzan fechas o periodos de tiempo, manifiesta que les colaboraba a las directoras, le decían “*¿usted puede realizar clases virtuales?, al son de plata digo que sí*” y, que eso lo podía realizar en el horario que quisiera. Aduce que las labores de homologación, las revisaba la doctora Silvia, directora del programa, la coordinadora Angélica y en algunas ocasiones lo revisaba registro y control.

Se recibió la declaración de **Jessica Dalila Góngora Sánchez**, quien manifestó que el demandante fue su jefe en la universidad demandada, entre el 21 de septiembre de 2016 hasta más o menos octubre de 2017, cuando trabajaron para un área que abrió la universidad que se llamaba “*área de homologaciones*” y, se encargaban de hacer las homologaciones de estudiantes que llegaban de otras partes; así mismo, organizaron los procesos de homologación atrasados. Refiere que su jefe era el actor y una

docente en pedagogía infantil, los demás eran los homologantes o digitadores. La labor se ejecutaba en la universidad directamente, en horario de 7 de la mañana a 5 o 6, y teníamos algunas actividades extras por lo que duraban mucho más tiempo en la universidad, a veces hasta las 8 o 9 de la noche o posterior al cierre de la universidad, el actor siempre era la primera persona que estaba y la última que se iba, tenía el mismo horario. Tenían como jefes a la coordinadora María Luisa, a la directora Angélica y la doctora Silvia. En cuanto a órdenes o instrucciones sobre la labor a ejecutar, aduce que todo el tiempo el actor tenía reuniones, sobre el registro de las homologaciones en determinado tiempo, el cargue de notas en el sistema. Aduce que el demandante no recibió algún llamado de atención. En cuanto a los equipos, siempre laboraron con los de la universidad, además porque la universidad tiene sus aplicativos propios. El equipo de trabajo era de disposición de la universidad. Era muy necesario que él estuviera por la orientación docente. En una ocasión, duraron “*viviendo*” una semana en la universidad, por una instrucción dada por la misma institución y que, ellos aceptaron porque sabían que el cargue de notas era muy importante, pero fue una instrucción que recibió el actor para poder cumplir con esa actividad.

Armando Colmenares Gerena manifestó ser amigo del demandante desde hace más de 15 años, y haber trabajado también con la corporación demandada en 2014-2015 o 2016, más o menos; dice conocer el vínculo entre las partes porque cuando el coordinador Andrés necesitaba una persona recomendó al actor; inicialmente para dictar unas horas catedra y, más adelante le ofrecieron ser coordinador de homologaciones, sabe que estuvo coordinando toda la parte de homologaciones, tuvo personal a su cargo, no sabe el tipo de contrato. En el área de homologaciones el actor empezó como en noviembre o diciembre, más o menos, hasta marzo de 2017. En varias ocasiones se quedaba trabajando con su equipo de trabajo de largo, pernoctaban en la misma institución. Tiene entendido que en algunas ocasiones tuvo que viajar en representación de la institución a ofrecer unos cursos. Rodrigo Gámez recibía instrucciones u órdenes de las coordinadoras, dentro de las que menciona a la doctora Silvia. Sabe que, en algún momento, sobre todo cuando recibía mucho trabajo él al igual

que su equipo, tenían que adelantar trabajo, cree que llevaba trabajo para su casa. Tiene entendido que para hacer unos convenios y ofertar unos cursos, el actor viajó. No presencié que le impartieran instrucciones y, se enteró que le ofrecieron la coordinación de homologaciones, porque son amigos.

De otra parte, a solicitud de la pasiva, se recibió el testimonio de **Silvia Patricia Quintero Díaz**, quien indicó trabajar con la demandada desde el año 2014; en atención a ello conoce al demandante a quien se contrató cuando ella estaba como directora de los programas de licenciatura, para prestar algunos servicios que tenían que ver con la facultad y con el área de registro y control; prestó servicios como tutor de algunos cursos del programa de licenciatura en pedagogía infantil y, para apoyar un proceso que tenía en ese momento la institución, de elaborar actas de homologación para unas estudiantes que venían de convenios con el ICBF y con la Alcaldía Local de Ciudad Bolívar; recibieron más o menos 900 estudiantes, lo que implicó un ejercicio operativo fuerte, por lo que la universidad decidió contratar los servicios de algunas personas para esa elaboración de actas, entre los que se contrató al demandante y él pasaba sus cuentas de cobro por el número de actas y por el tiempo que trabajara. Aduce que, como ella estaba en ese momento en la dirección del programa de licenciatura, revisaba que las actas quedaran elaboradas de acuerdo a los estudios de homologación que se hacían directamente en la facultad y, que le hicieron los diferentes contratos de prestación de servicios por esa labor. Por ese gran volumen de estudiantes se contrataron los servicios como tutores a algunas personas, dentro de los que estaba el actor, también por contratos de prestación de servicio para acompañar algunos cursos del programa de licenciatura en pedagogía infantil, ahí apoyaba cursos que estaban viendo con las estudiantes que venían del convenio, concretamente como tutor en uno de esos cursos, estando por horas de acuerdo al trabajo que asumía; él organizaba como se manejaba ese curso y se contrataba por el tiempo de duración. En la medida que se fue aumentando esta tarea la universidad decidió contratar otras personas que hacían el mismo trabajo, pues era una prioridad responder en un tiempo en específico. La universidad no lo asignó como líder a este

proceso, pero el señor Gámez, por tener más antigüedad, ayudaba a las otras personas que llegaron. En el momento en que pasaba la cuenta de cobro, era la testigo quien verificaba que efectivamente el servicio se había cumplido de acuerdo a lo pactado, verificaba la totalidad de actas y horas que se habían invertido, para poder autorizar esa cuenta de cobro. En cuanto a las actas de homologación, explica que el señor Gámez ayudaba a elaborar el acta, pero con un estudio previamente hecho por la facultad; su tarea era más de la parte operativa. Como se trataba de información sensible se le asignó un espacio en las instalaciones de la universidad, se le acondicionó un espacio provisional para que pudiera desarrollar esa tarea; era un laboratorio de psicología que funcionaba allá y que en ese momento no estaba habilitado. No le controlaba horario, él tenía la libertad de organizar su tiempo para responder por el contrato. Dejó de prestar servicios, porque el volumen de elaboración de actas bajó y se cumplió con el compromiso. Como estaba también prestando sus servicios como tutor, le propuso que se vinculara de planta como docente, pero él manifestó que no podía asumir ese tipo de contrato porque estaba en un trámite legal de pensión por invalidez. Hacían una reunión de seguimiento y control, en la que se llamaba al actor para preguntarle como avanzaba en el servicio y él daba un informe de la tarea que estaba desarrollando.

Finalmente, **Martha Viviana Sánchez Pardo**, indicó estar vinculada con la demandada desde el 8 de febrero de 2016 y por ello conocer al demandante, porque él estuvo prestando sus servicios a la decanatura de educación, cuando ella era coordinadora académica de esa facultad. Él era tutor de cursos en los cuales tenían convenios para la licenciatura en educación infantil; era docente de apoyo a programas. El apoyo que daba era tutor virtual, teniendo una asignación de horas que podía distribuir en el transcurso de su día, todo el proceso de acompañamiento, de seguimiento en la plataforma virtual, pues un tutor lo puede hacer en cualquier momento, había unos apoyos de seguimiento presencial los sábados, específicamente para algunos convenios que la universidad tenía y hacían parte de la estrategia de formación con los estudiantes y las demás como tutor virtual. Las homologaciones de la misma forma se pueden hacer en cualquier momento que la persona que apoya tenga dicha

disponibilidad. Esta actividad de homologación la realizaba al inicio solo; la facultad de educación hacia abril de 2016 comenzó a tener un crecimiento vertiginoso en la matrícula de los estudiantes a nivel nacional porque la licenciatura en educación infantil se ofertó bajo esta modalidad y eso permitió la expansión de la universidad, lo que generó un mayor crecimiento en estas solicitudes de homologación y paulatinamente se fue contratando más gente para que realizara el proceso de homologación. La universidad nunca tuvo una dirección de homologaciones, nunca hubo ni hay, un área consolidada de homologaciones, Rodrigo fue la primera persona que empezó a hacer todos los procesos de homologación, él como docente y conocedor de procesos académicos, posteriormente ingresó más gente. Fue una tarea temporal, generada en un lapso donde hubo crecimiento en la universidad; fue un periodo aproximado de año y medio o, cerca de los dos años, donde había un grupo de personas a los cuales se les pagaba igualmente por horas para realizar esta labor y, con lo que la universidad logró una estabilidad en el proceso y, ya hoy en día, existe una sola persona realizando por facultad esta labor, pero en ese entonces eran cerca de 15 personas; podían realizarla en cualquier hora. Explica que la doctora Silvia Quintero hacía una verificación de la labor encomendada. Que la semana en que “vivieron” en la universidad, fue una situación que se generó de forma voluntaria, donde ellos quisieron realizar la labor de entrega de homologaciones para cumplir con las metas que se tenían; la universidad daba los insumos, los espacios y, la persona podía hacerlo en cualquier momento y en cualquier horario. La testigo hacía parte de la verificación, precisamente de la entrega de la labor, por un lado las tutorías, por otro lado las homologaciones. El accionante no recibió llamados de atención. Estuvo presente en reuniones donde se hacía la verificación de la cantidad de homologaciones para entregar, de las metas que se tenían y, de la misma auditoria al trabajo presentado.

De las pruebas allegadas, analizadas en conjunto, se advierte que aun cuando existió una prestación personal del servicio, no existen elementos de juicio que posibilite la declaración de una relación laboral en el *examine* en la forma como se alegó por la parte actora. Es así como, de los testimonios practicados, solo se logró acreditar que el demandante fue

contratado para la ejecución de una labor temporal, a raíz de la necesidad que surgió por el convenio realizado con el ICBF y la Alcaldía Local de Ciudad Bolívar, para llevar a cabo la sistematización del proceso de homologación de las 900 estudiantes asignadas; pero no existe claridad respecto de que trabajara para la institución de manera subordinada; contrario a ello, al parecer lo hacía de manera independiente, asignándose si propio horario de trabajo, pues no de otra manera puede explicarse que en ocasiones fungiera como tutor docente y a la vez realizara el trabajo de homologación.

Nótese que aun cuando Jessica Dalila Góngora Sánchez indica que sí era un trabajador subordinado, en realidad de su dicho se desprende que, respecto de, quien afirma que era el actor su jefe en la universidad demandada, en el trabajo que realizaban de homologación, indica que ello ocurrió entre el 21 de septiembre de 2016 hasta más o menos octubre de 2017, entrando en contradicción cuando indica que el actor fue su jefe por más de un año, pero ella ingresó el 21 de septiembre de 2016 y el prestó sus servicios hasta marzo de 2017; aunado a lo anterior, afirma que tenían como jefes a la coordinadora María Luisa, a la directora Angélica y la doctora Silvia, empero, de una parte, en el momento de su afirmación leyó los nombres de estas personas y, de otra, de su dicho no se derivan las supuestas órdenes o instrucciones que el actor recibía, pues solo dice que se reunían.

Lo mismo sucede con el testigo Armando Colmenares Gerena, quien genera sospecha pues, no tiene claras las fechas de su propio trabajo, pero sí puede calcular bien los extremos temporales en que prestó servicios el demandante. Además, el testigo no cumplía alguna función en el área de homologaciones, no presencié instrucciones que le dieran al actor y; la mayoría de sus respuestas refieren la inseguridad del testigo frente a los hechos, pues indica “*creer*” o “*tener entendido*” lo que refiere; aunado que la fuente de la mayoría de su dicho, es lo que le contó precisamente el actor, partiendo de suposiciones, toda vez que no le consta de manera directa los detalles de la verdadera relación existente entre las partes.

Contrario a lo anterior, las testigos Silvia Patricia Quintero Díaz y Martha Viviana Sánchez Pardo, quienes fungieron como coordinadoras de la facultad de educación, e incluso el mismo Armando Colmenares, pudieron dar fe de que la universidad estaba pasando por un proceso de acumulación de homologaciones, debido a una gran cantidad de estudiantes que estaban llegando por los convenios con el ICBF y la Alcaldía Local de Ciudad Bolívar, por lo cual se hizo necesario contratar un servicio adicional, para manejar el alto proceso de actas de homologación y su digitación; resultando en una actividad temporal, para atender una contingencia que solo perduró, mientras se sacó adelante el proyecto.

Y es que aun cuando, se afirma que Silvia Quintero era la jefe del actor, es ella misma quien detalla cómo era el proceso de homologaciones y, resalta que ella solo los revisaba o verificaba, lo que no resulta ajeno a un contrato de prestación de servicios y en manera alguna implica de *facto* la existencia de subordinación, pues esta no se da por el simple hecho de que alguien verifique la labor que desempeña el contratista, lo cual es apenas lógico pues se está remunerando un trabajo que debe ser verificado. Además, si bien se tiene que se le acondicionó un espacio **provisional** para que pudiera desarrollar esa tarea, que era un laboratorio de psicología que en ese momento que no estaba habilitado y, que por tantas homologaciones que debía hacer, iba a invertir cierta cantidad de horas, ella no le controlaba ningún horario y era él, quien tenía esa libertad de mirar como organizaba su tiempo para responder por el contrato.

Es así como no existen en el expediente tarjetas de entrada, reportes de rendimiento, o requerimiento ni llamado de atención alguno; pues aun cuando al interrogase si tuvo algún llamado de atención, el accionante manifestó que hubo una o dos veces que llegó tarde por impuntualidad y porque se accidentó en la moto y lo llamaron que lo necesitaban con urgencia, para una reunión con los directivos; desviando la respuesta en ese sentido, al decir que *“llamados de atención, lo único fue la gratitud por parte de los dueños de la universidad que estaba haciendo bien mi trabajo”*. De lo que no puede desprenderse de manera alguna que haya existido

algún requerimiento en cumplimiento de su trabajo, que conlleve a inferir que en efecto era subordinado. Por el contrario, obran las respectivas cuentas de cobro por cada uno de los contratos referidos para el proceso de homologación, que resultan acordes con las declaraciones referentes a que en realidad se trató de un contrato de prestación de servicios.

Conforme todo lo dicho, estima la Sala que las pruebas reseñadas y los razonamientos que las acompañan, resultan suficientes para concluir que los servicios desplegados por Gámez Ibagué, fueron realizados en el marco de un contrato con estirpe diferente al laboral, que su oficio lo desempeñaba con autonomía e independencia.

En ese orden de ideas, se verifica que el elemento subordinación que es propio de los contratos de trabajo conforme el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, no se presentó en la ejecución de las actividades del demandante, dada la autonomía con que las ejecutó, lo cual desvirtúa la presunción prevista en el artículo 24 del mismo estatuto del trabajo.

En consecuencia, la Sala no cuenta con elementos de convicción que permitan confirmar la existencia de una relación contractual laboral entre las partes, por lo que forzoso resulta revocar la decisión de primera instancia, para en su lugar, absolver de todas las pretensiones incoadas en la demanda.

Costas de la primera instancia lo serán a cargo del demandante. No se causan en esta instancia.

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

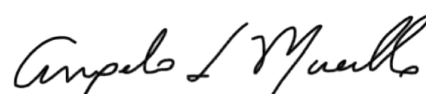
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 11 de marzo de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., para en su lugar absolver de las pretensiones incoadas en la demanda.

SEGUNDO: Costas de la primera instancia a cargo del demandante. No se causan en esta instancia.

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 032 2019 00491 01
DEMANDANTE: CESAR ALEJANDRO RODRÍGUEZ CASTILLO
DEMANDADO: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
LITIS
CONSORCIO: SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. – VIDALFA S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y la llamada como Litis consorcio contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de abril de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende el reconocimiento y pago de la pensión por invalidez, desde día siguiente al accidente que le ocasionó la pérdida de su capacidad laboral, esto es, el 21 de junio de 2016, hasta que se verifique el pago total de las mesadas pensionales; los intereses moratorios; lo ultra y extra *petita* y; las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 28 de octubre de 1986. Se vinculó con Colpensiones desde octubre de 2014 y, posteriormente apareció afiliado a Porvenir. El 20 de junio de 2016 sufrió un accidente, el cual le produjo los siguientes padecimientos de por vida:

- a.- Rompimiento del estómago.
- b.- Rompimiento del esófago.
- c.- Quemadura de faringe, laringe y cuerdas bucales.

La empresa Seguros de Vida Alfa S, A., le asignó una pérdida de capacidad laboral del 67.04%, con fecha de estructuración 2 de octubre de 2018, es decir 2 años, 3 meses y 12 días después. Aduce que es una persona de especial protección Constitucional. Elevó solicitud de pensión por invalidez ante Porvenir, pero fue resuelta negativamente, con el argumento de no haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la Invalidez. Sin embargo, dentro de los tres años anteriores a la fecha de ocurrencia de los hechos que dieron origen a su discapacidad laboral, contaba con más de 50 semanas, un total de 77,22 semanas.

Manifiesta que, desde la ocurrencia del accidente, no ha recibido suma alguna de dinero por concepto de incapacidades; que tiene a su cargo un hijo menor de edad; su madre es una persona de la tercera edad y es la única que lo asiste; que, por obvias razones, le es imposible laborar y; que actualmente vive en una habitación con su hijo y depende de la caridad de familiares y amigos (fls.3 a 7, expediente físico).

Notificada en debida forma, Porvenir guardó silencio (fl.74, expediente físico).

En audiencia del 17 de junio de 2021 se dispuso vincular como Litis consorte necesario a Seguros de Vida Alfa S.A.¹; quien, al dar contestación, se opuso al éxito de las pretensiones y, manifestó no constarle los hechos. Formuló las excepciones que denominó: Falta de causa para pedir, Validez del dictamen de pérdida de capacidad laboral practicado por mi representada el 09 de febrero de 2019, Buena fe de SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. – VIDALFA S.A., prescripción y, las demás declarables de oficio.

En defensa de sus intereses argumentó que, a través del Grupo Interdisciplinario Calificador, emitió dictamen el 09 de febrero de 2019 fue elaborado por médicos expertos y debidamente sustentado en los antecedentes, historia clínica y valoración interdisciplinaria del demandante, ajustándose a lo dispuesto en el Decreto 1507 de 2014, Decreto 0019 de 2012, Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes,

¹ 05AudienciaOrdenaVincularLitis17Jun2021

por lo que no se evidencia razón alguna para que se desconozca lo allí decidido. Que si bien es cierto que el evento que le ocasionó al afiliado todo el deterioro de su estado de salud sucedió en el año 2016, también debe tenerse en cuenta que eso fue el inicio para el proceso de rehabilitación de las alteraciones encontradas, llevándose a cabo procedimientos quirúrgicos y manejo clínico encaminado a mejorar este estado; en valoraciones especializadas posteriores se evidencia el avance de este proceso, llegando a establecerse en octubre de 2018 en dichas valoraciones el establecimiento de las secuelas definitivas, por lo tanto, es el 02 de octubre de 2018 la fecha de estructuración de la invalidez, tal como se establece en el dictamen y de acuerdo a lo señalado en el artículo 3º del Decreto 1507 de 2014 (fl.36 a 44²).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de abril de 2022 (archivo 15³), resolvió:

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por la vinculada SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- DECLARAR que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de CESAR ALEJANDRO RODRÍGUEZ CASTILLO es el 20 de junio de 2016.

TERCERO.- CONDENAR a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a favor de CESAR ALEJANDRO RODRÍGUEZ CASTILLO una pensión de invalidez a partir del 21 de junio de 2016, en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

CUARTO.- CONDENAR a PORVENIR S.A. a pagar al demandante el retroactivo de las mesadas pensionales causadas entre el 21 de junio de 2016 y la fecha en que sea incluido en nómina de pensionados, retroactivo que deberá cancelarse debidamente indexado desde la fecha de causación de cada una de las mesadas y hasta el momento de su pago. Así mismo se autoriza a PORVENIR S.A. a descontar del referido retroactivo lo correspondiente a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud que correspondan.

QUINTO.- CONDENAR a la vinculada SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. a pagar la suma adicional necesaria para cubrir el reconocimiento pensional que se ordena en contra de PORVENIR S.A.

SEXTO.- CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a cinco (05) smlmv. Sin costas respecto de SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.

SÉPTIMO.- ABSOLVER a la demandada y a la vinculada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

² 09ContestacionLitisConsorte

³ 15AudienciaTramiteJuzgamiento21Abril2022

Como sustento de su decisión señaló que, de la historia clínica del demandante, se verifica que las patologías que le fueron diagnosticadas devienen de la misma fecha del accidente, el 20 de junio de 2016, y que, más allá de algunas mejorías que ha tenido con ocasión de los tratamientos médicos, lo cierto es que desde el mismo momento del acaecimiento, César Alejandro quedó incapacitado para laborar; lo que permite inferir que desde el año 2016 ha venido padeciendo de las graves consecuencias que le dejó ese accidente sin posibilidad alguna de laborar. En este caso no se trata de una enfermedad progresiva, sino de un hecho puntual que generó unas consecuencias en la humanidad del actor y, que los procedimientos y tratamientos médicos lo que han hecho es, inclusive mejorar en algo su calidad de vida, pero ello no significa que desde el año 2016 al 2018, se hubiera degenerado su situación médica; concluyendo que la fecha de estructuración establecida por Seguros de Vida Alfa, no corresponde a la realidad, sino que debe serlo la data del acaecimiento, encontrando que así, cumple con el requisito mínimo de semanas cotizadas para obtener la pensión de invalidez reclamada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la demandada y la vinculada como Litis consorte presentaron recurso de apelación, argumentando que, la declaratoria de tener derecho el demandante a la pensión de invalidez a partir del día siguiente a la ocurrencia del accidente, afectaría el dictamen de pérdida de la capacidad laboral proferido el 9 de febrero de 2019 y, que fue determinado por parte de Seguros de Vida Alfa, aspecto que atentaría contra un acto jurídico que fue válido y legalmente expedido, sin que se evidencie razón alguna para que se desconozca la fecha de estructuración allí plasmada. Si bien es cierto la situación de salud del accionante desde el momento del accidente, dicha evento le ocasionó todo el deterioro de su estado de salud en el 2016, debe tenerse en cuenta que esa fue apenas el inicio para el proceso de rehabilitación de las alteraciones que se encontraron y llevó a partir de ello a cabo unos procedimientos quirúrgicos y un manejo clínico encaminado a mejorar ese estado de salud, sin que se

demuestre de manera científica o médica, que por el contrario, ese estado de salud a partir de esa fecha, se haya deteriorado.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que, conforme al recurso de apelación, corresponde a la Sala determinar si hay lugar a modificar la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del accionante y, en tal sentido, si el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

i) Pensión de invalidez

Se encuentra demostrado que: **i)** mediante dictamen de 9 de febrero de 2019, Seguros de Vida Alfa S.A., determinó que el actor padece una pérdida de capacidad laboral del 67,04%, estructurada el 2 de octubre de 2018, de origen común, consecuencia de un accidente por ingesta de cáusticos, ocurrido el 20 de junio de 2016 (fls.30 a 33) y, **ii)** el petente acredita 50 semanas de cotización en los tres últimos años a la data en que ocurrió el insuceso.

Pues bien, en materia pensional la norma aplicable a cada caso es la vigente al momento en que se consuman los supuestos fácticos requeridos para el reconocimiento de la prestación. Tratándose de pensión de invalidez, el precepto aplicable será aquel vigente en la fecha de estructuración, momento a partir del cual surge la posibilidad de solicitar el reconocimiento y pago de la prestación (CSJ SL797-2013, 13 nov. 2013, rad. 42648, en la que se reiteró la CSJ SL, 30 abr 2013, rad 45815).

En el presente caso, como quiera que la invalidez del demandante se estructuró el 2 de octubre de 2018, debe aplicarse el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, ya que es la disposición vigente a dicha data, la cual establece como requisitos para obtener la prestación invalidez, la acreditación del 50% o más de pérdida de la capacidad laboral y 50

semanas cotizadas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Así las cosas, se cumple el primer requisito por cuanto al demandante le fue calificada una PCL del 67.04%, no obstante, solo cotizó 21,42 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez como se verifica del reporte de folios 20 a 22 de la demanda y 42 a 48 del archivo 08DocumentalPorvenir, del expediente digital. Por tanto, en principio, el actor no acredita los requisitos para acceder a la prestación reclamada al amparo de la norma vigente al momento de la estructuración de la invalidez.

No obstante, afirma el accionante en el libelo que las patologías que lo aquejan son consecuencia de un accidente acaecido el 20 de junio de 2016, debido al cual, a partir de esa fecha no pudo continuar prestando su fuerza productiva y menos realizar cotizaciones al sistema, razón por la cual, la fecha de estructuración de la invalidez debió ser esta y no 2 años después, como lo determinó Seguros de Vida Alfa.

A este respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que los dictámenes de pérdida de la capacidad laboral, no constituyen una prueba definitiva y menos aún, solemne, pues en realidad es una prueba más del proceso y, en este entendido, el operador judicial tiene el poder jurisdiccional para establecer el estado de invalidez y todas sus variables, como el origen de la enfermedad o accidente, la fecha de estructuración y el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral. Así, en sentencia CSJ SL4571-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL5157-2020 y SL3308-2022, la Sala de Casación Laboral adoctrinó:

Esta sala de la Corte ha resaltado la importancia intrínseca que tienen esos dictámenes de pérdida de la capacidad laboral, por emanar de autoridades científico técnicas autorizadas por el legislador y por su deber de fundamentarse en la historia clínica, exámenes médicos y demás observaciones diagnósticas relativas al estado de salud del paciente. Por ello, ha dicho que, en principio, el juez del trabajo está obligado a observarlos y respetarlos, en el marco de sus facultades de valoración probatoria.

Sin embargo, al mismo tiempo, por la diversidad de factores que confluyen a la determinación de la realidad de la salud del paciente y la evolución de su capacidad laboral, la Sala ha determinado que dichos dictámenes no

constituyen una prueba definitiva, incuestionable o inmodificable en el marco del proceso ordinario, ni muchos menos una prueba de carácter ad substantiam actus. Contrario a ello, ha destacado esta corporación, en múltiples oportunidades, que dichas experticias constituyen una prueba más del proceso que el juez puede valorar de manera libre, dentro del marco de sus facultades de libre valoración de la prueba y libre formación del convencimiento. (Ver CSJ SL, 18 mar. 2009, rad. 31062, CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 35450, CSJ SL3090-2014, CSJ SL9184-2016, CSJ SL697-2019 y CSJ SL3380-2019).

En dicha medida, no es cierto que, como lo reivindica la censura, la calificación del estado de invalidez constituya una cuestión técnica ajena al conocimiento de los jueces, pues, por el contrario, es precisamente el juez del trabajo el que tiene el poder jurisdiccional para establecer el estado de invalidez y todas sus variables asociadas, esto es, entre otras, el origen de la enfermedad o accidente, la fecha de estructuración y el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral. Para esos fines, a su vez, el juez cuenta con amplias potestades probatorias y de reconstrucción de la verdad real del proceso, de manera tal que puede darle credibilidad plena al dictamen o someterlo a un examen crítico integral o de alguno de sus elementos, hasta el punto de apartarse legítimamente de sus valoraciones y conclusiones.

Específicamente, en tratándose de la valoración de la pérdida de la capacidad laboral de los afiliados al sistema de seguridad social y de la fecha de estructuración de tal evento, la Corte ha sostenido que los dictámenes de las juntas de calificación, a pesar de su importancia, no representan conceptos definitivos e inmutables, sino pruebas del proceso que bien pueden ser revaluadas o desvirtuadas por el juez del trabajo, en ejercicio de sus libertades de valoración probatoria.

Pues bien, en el asunto bajo estudio, de la historia clínica del demandante quedó visto que sufrió un accidente el día 26 de junio de 2016, al ingerir una soda caustica, con secuelas de quemadura esofágica grado II B, perforación esofágica en tercio medio + necrosis transmural de esófago tercio medio y distal, estómago y duodeno primera porción. Que ha requerido múltiples procedimientos.

Fue sometido a tratamientos de rehabilitación, consistente en drenaje absceso abdominal en agosto 2017 con yeyunostomía y traqueostomía; anastomosis colo yeyunal ll+anastomosis ielocolica ll + anastomosis yeyunoyeyunal ll + apendicectomía incidental, del 8 de septiembre de 2018; efofagogastrectomia, esofagostomia, yeyunostomia, traqueostomia y; faringoplastia con colocación de colgajo en noviembre 2018. Sin posibilidad de recuperación (concepto médico de rehabilitación del 3 de noviembre de 2018, fl.63, 08DocumentalPorvenir).

El 2 de octubre de 2018, en valoración de cirugía general, se estableció diagnósticos de: pop reconstrucción esofágica mediante transposición de colon izquierdo por vía retroesternal + anastomosis faringo-cólica latero-terminal + reconstrucción de tránsito intestinal mediante y de roux (anastomosis colo-yeyunal ll + anastomosis ileocólica ll + anastomosis yeyunoyeyunal ll) + apendicectomía incidental (08/09/2018). quemadura esofágica por cáusticos. antecedente de esofaguectomía + gastrectomía subtotal + yeyunostomía + traqueostomía. trastorno de la personalidad cluster b. antecedente de intentos de suicidio en 2016.

Del dictamen de pérdida de capacidad laboral, se establece como calificación/valoración de las deficiencias, que se generó en su humanidad, deficiencias de 1. *“pop esofaguectomía por quemadura por cáusticos”*, 2. *gastrectomía subtotal por quemadura por cáusticos*, 3. *“pop yeyunostomía”* y, 4. *“trastorno de personalidad cluster b.”*; con diagnósticos de: *TRAQUEOSTOMIA, QUEMADURA DEL ESOFAGO, AUSENCIA ADQUIRIDA DE PARTE DEL ESTÓMAGO, AUSENCIA, ATRESIA Y ESTENOSIS CONGENITA DEL YEYUNO y TRASTORNO DE LA PERSONALIDAD, ORGANICO.*

De todo lo anterior, se desprende que a pesar de que es el 2 de octubre de 2018, la fecha en que se le hacen los últimos tratamientos y valoraciones, lo cierto es que no existe duda que la invalidez del 67.04% que generan las secuelas de la ingesta de bebida caustica al demandante, no se causaron en esta última calenda, sino el 26 de junio de 2016, data en que ocurrió el insuceso, como claramente se extrae de su historia clínica; razón por la que no resulta adecuada la fecha de estructuración tomada por la AFP Porvenir S.A. a través de Seguros de Vida Alfa S.A., en el dictamen de pérdida de la capacidad laboral N°3338369 de 9 de febrero de 2019, en la que fijó como fecha de estructuración de la invalidez del accionante el 2 de octubre de 2018; toda vez que, la realidad de su caso demuestra que su pérdida de la capacidad laboral se causó el mismo día del accidente, esto es, el 26 de junio de 2016; sin que tal acaecimiento tenga las características de una enfermedad, crónica, congénita o degenerativa.

Bajo esta línea de pensamiento, debe modificarse la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral del accionante, tal como lo encontró el juez de primera instancia, esto es el 26 de junio de 2016 y, en este sentido, al promotor del juicio le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez en aplicación del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, toda vez que acredita las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, puesto que cotizó al sistema general de pensiones entre el 26 de junio de 2013 y el 26 de junio de 2016, un total de 72,86 semanas⁴.

Agotado el objeto del recurso, hay lugar a confirmar la sentencia recurrida.

No se causan costas en la instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de abril de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

⁴ Fls.42 a 48, 08DocumentalPorvenir



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

con salvamento de voto
032 2019 00491 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 032 2021 00185 01
DEMANDANTE: JOHN JAIRO VILLADA LONDOÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de junio de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió proceso ordinario laboral para que se declare que tiene derecho a la pensión especial de vejez como trabajador de alto riesgo, a cargo de la entidad demandada, a partir de las 1.029 semanas cumplidas, con los incrementos legales y convencionales. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar las mesadas pensionales causadas desde la semana 1.029 de cotización, con los incrementos legales y convencionales; los intereses; indexación; lo extra y ultra *petita* y; las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que ha laborado y cotizado como aviador civil con las empresas aéreas AVIEL LTDA, SISVAL LTDA y HELIFLY (Compañía de Vuelos de Helicópteros Comerciales), desde el 1 de abril de 2004 a la fecha y, previamente con el Ministerio de Defensa – Policía Nacional; siendo beneficiario de la legislación nacional e internacional que protege a los trabajadores de alto riesgo. Cuenta con más de 9.189 días laborados, equivalentes a 1.312,70 semanas cotizadas a

Colpensiones, incluyendo 501.57 semanas al Ministerio de Defensa – Policía Nacional, superando el mínimo de 700 semanas, por lo que hace 5.5 años ha debido ser pensionado. Aduce que el servicio prestado ha sido especial, toda vez que lo ha desempeñado exclusivamente como piloto de aeronaves, labor de alto riesgo, que, no solo implica riesgo a la vida sino también *“disminución de la vida saludable y la necesidad de retiro de las funciones laborales”*, por lo que se ha alterado su salud, lo que se continúa agravando por el no reconocimiento de la pensión.

Arguye que por estar vinculado al trabajo de alto riesgo de la aviación antes del 31 de diciembre de 2014, el régimen pensional constitucional a que está sujeto es especial y obligatorio; teniendo derecho a percibir la pensión de vejez por alto riesgo, toda vez que tiene más de 20 años de servicios y 50 años de edad. Que la Constitución, la Ley, los pactos y convenios de la O.I.T. ratificados por Colombia, los convenios de la Organización de Aviación Civil Internacional O.A.C.I., las convenciones, laudos arbitrales y pactos colectivos, admiten la existencia de peligros a la salud y vida de los pilotos, en consecuencia, su normativa protege de manera especial a estos trabajadores y es de obligatorio cumplimiento.

El 17 de julio de 2020 solicitó a la accionada la pensión especial reclamada, sin obtener respuesta (fls.2 a 12¹).

Al dar contestación Colpensiones se opuso al éxito de las peticiones. Admitió las cotizaciones del accionante cotizado como aviador civil, el total de tiempo cotizado, la naturaleza del servicio, que es beneficiario de la legislación nacional e internacional que protege a los trabajadores de alto riesgo, el diagnóstico de agravamiento, el régimen pensional, la protección adicional a su actividad de alto riesgo y, la solicitud elevada por la prestación especial de vejez por actividades de alto riesgo. De los demás hechos manifestó que no son ciertos. Propuso las excepciones de carencia de causa para demandar, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, prescripción y, las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, argumentó que el accionante no se dedica a ninguna de las actividades que señala el Decreto 2090 de

¹ 01Demanda2021185Ordinario

2003 que modifica el Decreto 2655 del 17 de diciembre de 2014, en donde se relata que las funciones relacionadas en la certificación emitida por HELIFLY no se pueden considerar como funciones directamente relacionadas con alto riesgo (fls.2 a 10²).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 16 de junio de 2022, declaró probada la excepción de carencia de causa para demandar, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra e, impuso costas al demandante³.

En lo fundamental señaló que, dentro de las actividades que establecen las normas sobre pensión especial de vejez para los trabajadores de alto riesgo, no se encuentra incluida la de los aviadores, sin que se pueda comparar la categoría o clasificación de riesgos que se hace en el sistema de riesgos laborales frente a esta pensión especial. Adicionalmente, adujo que tampoco está acreditado que el demandante pudiera ser beneficiario del régimen de transición, pues debía acreditar un número de semanas en actividades de alto riesgo al momento de la expedición de las leyes que dieran lugar a su expedición.

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

Corresponde a la Sala determinar si, en virtud de la labor como aviador desempeñada por el demandante, le asiste derecho al reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo.

² 06ContestacionColpensiones

³ 14AudienciaTramiteJuzgamiento16Junio2022

Quedó demostrado en el proceso que el demandante cotizó a Colpensiones un total de 867,43 semanas, entre el 12 de abril de 1989 y el 31 de julio de 2021, a través de diversos empleadores, como *QUINTERO CARDONA HERNANDO*, *AVIEL LIMITADA*, *SISVAL LTDA*, *COMPAÑÍA DE VUELO DE HELICÓPTEROS COMERCIALES* y, *CUSTOM AVIATION S.A.S*. Asimismo, estuvo vinculado a través de la *POLICIA NACIONAL –DIRECCION ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA*, entre el 5 de noviembre de 1992 y el 22 de agosto de 2002, por un total de 504 semanas laboradas en el sector público y no cotizados al ISS, hoy Colpensiones. Acumulando un total de 1371.43 semanas, entre tiempo público y privado.

Igualmente, obran en el informativo certificaciones laborales de fecha 29 de enero y 11 de febrero de 2020, expedidas por la Compañía de Vuelo de Helicópteros Comerciales SAS Helifly, de la vinculación del señor VILLADA LONDOÑO a esa empresa desde el 1º de agosto de 2010, mediante contrato a término indefinido, como Piloto (fls.17 a 18 y 21⁴).

De la pensión especial de alto riesgo

Para resolver el problema jurídico planteado, sea lo primero señalar que conforme lo indica el Decreto 2090 de 2003, en su artículo 1º las actividades de alto riesgo son aquellas en las cuales la labor desempeñada implica la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que se ejecutan con ocasión del trabajo.

Dispone el numeral 3 del artículo 2 de la norma *ibidem*:

ARTÍCULO 2º. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO PARA LA SALUD DEL TRABAJADOR. Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:

1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.
2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional.
3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.

⁴ 01Demanda2021185Ordinario

4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.
5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes.
6. En los Cuerpos de Bomberos, la actividad relacionada con la función específica de actuar en operaciones de extinción de incendios.

Así, la disposición en comento consagró una pensión de vejez especial para ciertas categorías de empleados, en consideración a las particulares características de los oficios que realizan y de las condiciones en que lo hacen, en donde esas actividades **expresamente** contempladas, por su peligrosidad y prolongada ejecución, ponen en riesgo la salud del trabajador o producen un desgaste orgánico prematuro en su organismo.

Ahora la Corte Constitucional en Sentencia C-1125 de 2004 indicó que el beneficio especial que se concede por el hecho de que una determinada actividad sea considerada como de alto riesgo está atado a que la labor desarrollada por el trabajador por las especiales circunstancias que la rodean que implica que se vea disminuida su expectativa de vida saludable, razón por la cual se hace necesario protegerlo mediante la posibilidad de obtener una pensión de vejez con requisitos menores.

Así las cosas, aunque el numeral 5 del artículo 3 precitado, señala como actividad de alto riesgo, la de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, la actividad desempeñada por el actor, fue la de piloto de aeronaves comerciales, actividad que no está relacionada con las funciones de que trata la norma en cita, y tampoco ha sido catalogada como de alto riesgo por nuestra legislación laboral.

Al respecto de la posibilidad de incluir la actividad de aviación dentro de los afiliados beneficiarios de la pensión especial por actividad de alto riesgo, la Corte Constitucional en sentencia C-093 de 2017, al

estudiar la constitucionalidad del Decreto 2090 de 2003, *“por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades”*, y del artículo 1 del Decreto 2655 de 2014, *“por el cual se amplía la vigencia del régimen de pensiones especiales para las actividades de alto riesgo previstas en el Decreto 2090 de 2003”*; consideró que la aviación civil no expone a las personas a riesgos especiales o cualificados que impliquen una reducción en la expectativa de vida razonable, o la necesidad de su retiro anticipado de la vida laboral, por parte de este grupo de profesionales y, en tal sentido, indicó:

Como consecuencia de todos estos yerros conceptuales y normativos del accionante, las acusaciones del demandante por el presunto desconocimiento de los derechos fundamentales de los aviadores son infundadas, por las siguientes razones: (i) la medida atacada no desconoce el derecho a la seguridad social, ya que los aviadores cuentan con un régimen pensional especial contenido en el Decreto 1282 de 1994, que les permite contar con ingresos económicos cuando sobrevienen circunstancias que les impiden laborar, como la vejez, el desempleo, la enfermedad o la incapacidad laboral, y el referido derecho fundamental no exige que este tenga que ser el previsto para las actividades de alto riesgo; (ii) la norma tampoco desconoce la dignidad de los aviadores civiles, en la medida en que el régimen pensional al que se encuentran sometidos les permite vivir autónomamente, asegura condiciones materiales de existencia cuando atraviesan condiciones adversas, y no afecta la intangibilidad de los bienes no patrimoniales ni la integridad física y moral de este grupo poblacional, que son los elementos constitutivos de la dignidad según la sentencia C-381 de 2014; (iii) tampoco se evidencia la afectación de la integridad personal que alega el demandante, máxime cuando en la demanda no se indican las razones de la presunta lesión, y cuando el cargo se ampara en una confusión conceptual entre las actividades de alto riesgo y las actividades peligrosas, claramente diferenciadas a nivel legislativo y jurisprudencial; (iv) por las mismas razones, tampoco se afecta la efectividad de los derechos fundamentales, pues el ordenamiento jurídico contempla un completo sistema prestacional para los aviadores civiles, dotado de institucionalidad y de recursos especiales, que asegura sus derechos cuando por distintas contingencias dejan de laborar; (v) tampoco resulta procedente el argumento del demandante sobre la afectación del derecho a la vida y la salud de los aviadores civiles por su exposición a las radiaciones ionizantes, puesto que éstas solo son nocivas para la salud cuando superan el tope de 20mSV, *“mientras que a nivel mundial ellas sólo llevan a 3mSv anuales en promedio para los tripulantes de los vuelos comerciales a lo largo de un año”*; asimismo, las consideraciones del accionante sobre el aumento en las horas de vuelo, el tráfico aéreo, el calentamiento global y el estrés, que a su juicio conducen a una menor expectativa de vida, también carecen de todo soporte científico; de este modo, como no se presenta la amenaza real y concreta a la vida que el actor aduce como fundamento de su acusación, el cargo resulta improcedente; (vi) finalmente, el hecho de que el derecho positivo haya establecido una diferenciación entre los controladores aéreos y los aviadores comerciales, calificando la actividad de los primeros como de alto riesgo y la segunda no, tampoco infringe el principio de igualdad, como quiera que existen diferencias objetivas relevantes entre unos y otros, y como quiera que en el caso de los primeros, la expectativa de vida se encuentra limitada con respecto al resto de la población; estas diferencias relevantes llevaron al legislador a establecer la diferenciación normativa, y a los órganos judiciales, como el Consejo de Estado, a validar y justificar tal diferenciación.

Al amparo de las anteriores reflexiones y en atención a la normatividad aplicable, la Sala concluye que, el simple desarrollo de la actividad de aviación no amerita el reconocimiento de una pensión especial por actividades de alto riesgo prevista en el Decreto 2090 de 2003, pues para que esta sea viable, es necesario que se cumplan las condiciones expresamente indicadas por la norma, esto es, que la actividad sea como técnico aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, pues es esta la prestación que se ha verificado conlleva a exposición de tal magnitud o intensidad que implique la disminución de la expectativa de vida saludable o acarree la necesidad del retiro de las funciones laborales que se ejecutan.

Vale indicar que, para ser merecedor de la pensión especial reclamada, el accionante tenía a su cargo demostrar la exposición a los factores de riesgo a los que alude la norma en cita, en ejercicio de su actividad; que hubiese estado en contacto con sustancias cancerígenas, o expuesto a altas temperaturas, o cualquier otro factor de riesgo que implicara la disminución de la expectativa de su vida saludable, lo que no se verifica en el sub examine, pues lo único que se verifica con la documental allegada al proceso, es su vinculación con diversos empleadores, entre el 12 de abril de 1989 y el 31 de julio de 2021, tales como *QUINTERO CARDONA HERNANDO, POLICIA NACIONAL –DIRECCION ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA, AVIEL LIMITADA, SISVAL LTDA, COMPAÑÍA DE VUELO DE HELICÓPTEROS COMERCIALES y, CUSTOM AVIATION S.A.S.*; empero, su labor como Piloto, solo quedó acreditada a partir del 1º de agosto de 2010, con la Compañía de Vuelo de Helicópteros Comerciales SAS Helifly, cargo que, como quedó visto, no puede incluirse dentro de las actividades de alto riesgo.

Del régimen de transición

El artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, establece el régimen de transición para aquellas personas que, a la fecha de entrada en vigencia de

esa regulación, esto es, el e 28 de julio de 2003, tuvieran como mínimo 500 semanas de cotización especial, en cuyo caso la normatividad aplicable sería el Decreto 1281 de 1994. No obstante, revisado el reporte de semanas cotizadas en Colpensiones de Villada Londoño, se advierte que no contaba con cotizaciones en actividades de alto riesgo para dicha data⁵.

Ahora bien, analizada la situación particular del demandante, a la luz de lo dispuesto en el Decreto 1282 de 1994 que regula el régimen pensional de los aviadores civiles, tampoco resulta beneficiario del régimen de transición allí previsto, toda vez que para el 1º de abril de 1994, no contaba con 40 años de edad y 10 años de servicio, pues solo alcanzaba 24 años de edad (copia de cédula de ciudadanía, fl.20⁶), y 11,57 semanas de cotización a través de un particular, más 73,14 laboradas a la Policía Nacional; teniendo además que su primera vinculación con una empresa de aviación, ocurrió el 1 de abril de 2004⁷ y, ni siquiera existe certeza respecto del cargo u ocupación que desempeñaba antes del 1º de agosto de 2010.

Bajo las anteriores condiciones, le asiste razón al juez de primer grado, en cuanto encontró improcedente el reconocimiento de la pensión especial por actividades de alto riesgo en favor del actor. En consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

No se causan costas en el grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

⁵ 07ExpedienteAdministrativo // EXPEDIENTE Y HL // HL //GRP-SCH-HL-66554443332211_2068-20210830115203

⁶ 01Demanda2021185Ordinario

⁷ 07ExpedienteAdministrativo//GRP-SCH-HL-66554443332211_2068-20210830115203

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

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 00479 01
DEMANDANTE: PEDRO EMILIO MORENO TORRES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de septiembre de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende el reconocimiento y pago de la pensión por invalidez, desde el 30 de septiembre de 2019 hasta que su pago se realice; los intereses moratorios; la indexación; lo ultra y extra *petita* y; las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 18 de febrero de 1962. Padece de Carcinoma neuroendocrino de recto estadio IV, por metástasis hepáticas múltiples. Colpensiones, profirió dictamen de pérdida de capacidad laboral del 4 de junio de 2020, con un porcentaje de 59.55% de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración de la invalidez del 30 de septiembre de 2019; dictamen que no fue objeto de apelación. Solicitó su pensión de invalidez ante Colpensiones.

Aduce que laboró para la empresa Servicios Integrales ANCG, desde el 1 de julio de 2018 hasta el 1 de diciembre de 2019, en el cargo de oficios varios, empero, el empleador no le había afiliado, ni cancelado los aportes de seguridad social, del periodo de julio de 2018 a marzo de 2019 y, sólo

realizó su pago el 23 de febrero de 2021. Realizado el pago, elevó ante Colpensiones nuevamente solicitud de pensión de invalidez, la cual fue negada por Resolución SUB 91955 del 16 de abril de 2021, bajo el argumento que los aportes fueron cancelados de forma extemporánea, por lo que no se contabilizan en su Historia Laboral, argumentos que, en su concepto, no tienen asidero fáctico, ni jurídico. Aduce que, debido a la enfermedad que padece, que es de carácter degenerativo, no tiene forma de ganarse la vida con un empleo digno y, que cumple con los requisitos exigidos para la pensión de invalidez (fls.1 a 6, archivo 02).

La demandada al responder, se opuso al éxito de las pretensiones. Aceptó la data de nacimiento del actor, la enfermedad que padece, la calificación de pérdida de capacidad laboral, porcentaje y fecha de estructuración; que el dictamen no fue recurrido, la solicitud de la prestación y la negativa de la entidad. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos restantes. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, carencia de causa para demandar, compensación, 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, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, 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 el demandante no acredita 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, por lo cual no cumple los requisitos exigidos por la Ley 860 de 2003. Asimismo, que los pagos realizados por el empleador en mora, no corresponden a los periodos que alega el demandante, ya que son pagos de otro empleador y de tiempos posteriores, los cuales no se pueden tener en cuenta para el conteo de los 3 años inmediatamente anteriores a la estructuración de la incapacidad, la cual, para esa data ya se había diagnosticado (fl.4 a 17, archivo 07).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de septiembre de 2022 (archivo 14¹), resolvió:

PRIMERO.- CONDENAR a COLPENSIONES al reconocimiento y pago en favor del demandante PEDRO EMILIO MORENO TORRES, de la pensión de invalidez de que trata el artículo 1 de la ley 860 de 2003, a partir del 30 de septiembre de 2019, en cuantía equivalente a UN (1) SMLMV, por 13 mesadas al año.

SEGUNDO.- CONDENAR a COLPENSIONES S.A. al reconocimiento y pago en favor del demandante PEDRO EMILIO MORENO TORRES, el retroactivo pensional del periodo comprendido entre el 30 de septiembre de 2019 y la fecha en que sea ingresado en nómina de pensionados, el cual liquidado a septiembre de 2022 asciende a la suma de \$35.534.741.

TERCERO.- CONDENAR a COLPENSIONES S.A. al reconocimiento y pago en favor del demandante PEDRO EMILIO MORENO TORRES, de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 11 de octubre de 2021 y hasta la fecha de pago del retroactivo y el respectivo ingreso del demandante en la nómina de pensionados.

CUARTO.- DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción y demás alegadas por la demandada, por las razones expuestas.

QUINTO.- COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada Colpensiones. Fíjense como agencias en derecho CUATRO (4) SMLMV.

Como sustento de su decisión señaló que, se allegó por parte de Colpensiones unas planillas de aportes a Seguridad Social y parafiscales, canceladas por el empleador Servicios integrales ANCG, el 23 de febrero del año 2021, que corresponde al periodo comprendido de julio de 2018 a marzo de 2019; elementos probatorios de los que se advierte la prestación de servicios en tal interregno, lo que va a la par con los principios de buena fe y confianza legítima, pues el empleador no solo aceptó la existencia de la relación laboral con el demandante, sino que realizó los pagos relativos a los ciclos que se encontraban en mora. Sin que la administradora pudiera desconocer esos pagos, pues lo que debía era corregir la historia laboral, aplicar los pagos y reconocer la prestación. Asimismo, la historia laboral da cuenta de esos periodos referidos en la demanda, lo cual es prueba esa existencia de la mora patronal, así como de la negligencia por parte de la demandada frente a la obligación que le impone el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, pues no se iniciaron las gestiones de cobro que le endilga esa legislación. Así las cosas, se encuentra plenamente probado el cumplimiento del requisito de semanas

¹ 14.1AudienciaFalloParte02

exigidas en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, y por ende le asiste el derecho al demandante en el reconocimiento y pago de la pensión, a partir del 30 de septiembre del año 2019.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la Colpensiones, presentó recurso de apelación, argumentando que, lo que se evita en estos casos son presuntos fraudes al momento de consolidar las historias laborales, ya que la experiencia que ha tenido la administradora se puede evidenciar que han venido ciertas personas a efectuar pagos y completar así historias laborales a efectos de que las personas puedan tener derecho a prestaciones, sin que se corrobore que hubo una relación laboral entre demandante y empleador; sin decir que es el caso del señor demandante. Así las cosas, se tiene que señor Pedro Emilio no acredita el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, que requiere el artículo 1º de la Ley 860 del 2003, razón por la cual no es procedente el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Finalmente, solicita la absolución de costas y agencias del derecho impuestas, toda vez que ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a determinar si el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en aplicación de la Ley 860 de 2003, tomando en consideración periodos en mora de su empleador Servicios Integrales ANCG.

No fue discutido que: **i)** mediante dictamen de 4 de junio de 2020, Colpensiones determinó que el actor padece una pérdida de capacidad laboral del 59.55%, estructurada el 30 de septiembre de 2019, de origen común (142 a 146) y; **ii)** a través de Resoluciones N° SUB 243541 de 11 de noviembre de 2020, y SUB 44130 de 19 de febrero de 2021, le fue negada la prestación al no acreditar 50 semanas en los 3 años anteriores al estado de invalidez (fl.254 a 259 y 262 a 268); esta última recurrida y confirmada

mediante Resoluciones SUB 91955 del 16 de abril de 2021 y DPE 4202 del 8 de junio de 2021 (fls. 277 a 287). El 11 de agosto de 2021 solicita nuevamente el reconocimiento y pago de la pensión de Invalidez, negada por Resolución SUB 330401 de 10 de diciembre de 2021(fl.288 a 294)².

Pues bien, en materia pensional la norma aplicable a cada caso es la vigente al momento en que se consuman los supuestos fácticos requeridos para el reconocimiento de la prestación. Tratándose de pensión de invalidez, el precepto aplicable será aquel vigente en la fecha de estructuración, momento a partir del cual surge la posibilidad de solicitar el reconocimiento y pago de la prestación (CSJ SL797-2013, 13 nov. 2013, rad. 42648, en la que se reiteró la CSJ SL, 30 abr 2013, rad 45815).

En el presente caso, como quiera que la invalidez del demandante se estructuró el 30 de septiembre de 2019, debe aplicarse el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, ya que es la disposición vigente a dicha data, la cual establece como requisitos para obtener la prestación invalidez, la acreditación del 50% o más de pérdida de la capacidad laboral y 50 semanas cotizadas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Así la cosas, se cumple el primer requisito por cuanto al demandante le fue calificada una PCL del 59.55%, no obstante, solo cotizó 25,43 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez como se verifica del reporte de semanas actualizado a 24 de marzo de 2022 (fls.501 a 503, del expediente administrativo). Por tanto, no acredita los requisitos para acceder a la prestación reclamada al amparo de la norma vigente al momento de la estructuración de la invalidez.

De conformidad con lo anterior, corresponde a la Sala definir si el promotor del juicio tiene derecho a que se le incluyan las semanas que aduce laboró para *SERVICIOS INTEGRALES ANCG* entre el 1º de julio de 2018 y el 31 de marzo de 2019, pues se indica que dicho empleador solo canceló ese periodo, hasta el 23 de febrero de 2021, sin que Colpensiones tenga en cuenta dicho pago; y, en consecuencia, si tiene derecho al

² 07ExpedienteAdministrativo

reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en aplicación del artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

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

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

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

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

En el caso de marras, en el escrito introductorio se informa que la historia laboral presenta inconsistencias y, de manera concreta aduce que laboró con el empleador *SERVICIOS INTEGRALES ANCG* entre el 1º de julio de 2018 y el 1º de diciembre de 2019, empero, se indica que dicho empleador solo canceló el periodo correspondiente a julio de 2018 a marzo de 2019, hasta el 23 de febrero de 2021, sin que Colpensiones tenga en cuenta dicho pago.

Respecto de esta situación particular, en efecto en el reporte de semanas cotizadas actualizado a 18 de agosto de 2020, se observa la relación de novedades de ingreso a nombre de este empleador del 16 de mayo de 2019, con pago aplicado por primera vez, al periodo correspondiente a abril de ese año y, la novedad de retiro de 20 de febrero de 2020, para el ciclo correspondiente a diciembre de 2019 (fls.434³).

Sin embargo, el empleador *SERVICIOS INTEGRALES ANCG* bajo el número de afiliación 901042279, efectuó las cotizaciones pertinentes, en relación con los ciclos correspondientes a julio de 2018 a marzo de 2019, pero con fecha 23 de febrero de 2021, a través de la planilla de pago *SuAporte* (fls.1 a 9 del expediente administrativo); periodo este que no tiene en cuenta Colpensiones con la observación: “*No registra la relación laboral en afiliación para este pago*”, como se observa del reporte de semanas cotizadas de Colpensiones, actualizado a 15 de marzo de 2021 y los posteriores (fl.460 y ss, expediente administrativo).

³ 07ExpedienteAdministrativo

De esta manera, lo primero que se entra a analizar, es que, de conformidad con las pruebas referidas, respecto del periodo alegado como faltante, se advierte que para los ciclos de julio de 2018 a marzo de 2019, pese a haber sido cancelados de manera extemporánea por el supuesto empleador, del detalle de pagos efectuados, se tiene que tal situación solo ocurrió el 23 de febrero de 2021, esto es más de 2 años después de la argüida relación laboral, sin que obre novedad de afiliación en tiempo a cargo de este empleador; razón por la cual, no es dable entender como lo consideró el a quo, que debía procederse por la entidad administradora a realizar el respectivo cobro de los aportes atrasados, puesto que no hay evidencia en el expediente respecto de que la administradora tuviera conocimiento de esa novedad.

Ahora bien, tampoco fue allegada al proceso prueba alguna para demostrar su vinculación laboral dentro de los periodos pretendidos con la susodicha empleadora, con anterioridad a abril de 2019, sin que se pueda desprender un real vínculo laboral, susceptible de dar por acreditado en este proceso para efectos de los aportes pensionales; máxime cuando ni siquiera se trajo a la Litis a dicho empleador.

Así las cosas, no es posible a efectos de computar el número de semanas cotizadas tomar los ciclos pretendidos, correspondientes a julio de 2018 a marzo de 2019, pues no existe prueba de una verdadera relación laboral; en consecuencia, Colpensiones no estaba llamada a desplegar acción de cobro alguna.

Y es que, si *SERVICIOS INTEGRALES ANCG*, quería entrar a responder por unos verdaderos aportes atrasados, debió acudir a la figura correcta, cuál era el cálculo actuarial y no, como lo realizó, el pago directo de los aportes a través de la planilla de pago, con intereses, como si se tratara de mora con afiliación; lo que impide impartir condena alguna en contra de Colpensiones, aun tratándose de un derecho mínimo e irrenunciable del trabajador.

De lo expuesto, resulta evidente que la parte demandante no cumplió con el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso,

aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, pues no demostró los hechos en que fundó sus pretensiones, dado que pese a solicitar una pensión de invalidez, no acreditó el requisito mínimo de semanas cotizadas para obtener el beneficio.

Bajo los anteriores presupuestos, como quiera que el accionante solo acredita 25,43 semanas de cotización, dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, 30 de septiembre de 2019, no es posible otorgar la pensión de invalidez pretendida, al amparo de la normatividad vigente, pues no reúne los condicionamientos previstos en el artículo ** de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003. En consecuencia, forzoso resulta revocar la sentencia de primera instancia en su integridad.

Costas de la primera instancia a cargo del 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 2 de septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, absolver de todas las pretensiones de la demanda.

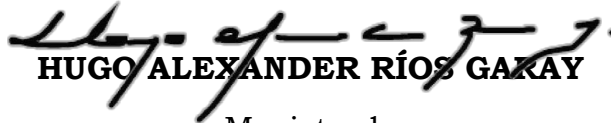
SEGUNDO: COSTAS de la primera instancia a cargo del demandante. No se causan en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



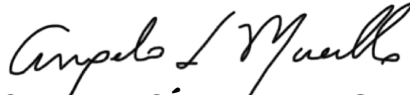
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

033 3031 00479 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 035 2022 00552 01
DEMANDANTE: GEORGES SEFAIR NADER
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de junio 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 efectuado a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordené a la AFP Skandia S.A. a trasladar los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, a Colpensiones. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que comenzó su vida laboral en 1989 y fue afiliado por su empleador, al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, cotizando 209 semanas. Aduce que, ante una campaña de publicidad agresiva, genérica y de alcance nacional, en que

Porvenir S.A. ofreció a varios afiliados a Colpensiones trasladarse de régimen bajo la promesa de mejores beneficios pensionales, se trasladó al RAIS, a través de esa AFP, en julio de 2001. Asegura que la sociedad no lo asesoró acerca de las consecuencias del traslado, posible mesada, inconvenientes, ni cumplió con la doble asesoría. Elevó reclamación administrativa ante Colpensiones, el 14 de octubre de 2022, sin obtener respuesta. No se encuentra devengando ninguna pensión (*expediente digitalizado, archivo 04, fls.3 a 10*).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación y cotizaciones del demandante en el ISS, la data de traslado al RAIS a través de Porvenir S.A., la reclamación administrativa y su falta de 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 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 (*expediente digital, archivo 12, fls.2 a 37*).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la data del traslado del demandante a esta AFP y, que no percibe pensión. Frente a los demás hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita 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 afiliación del demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se

hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, sin que se puedan exigir criterios posteriores criterios sin respetar el principio de la irretroactividad (*expediente digital, archivo 11. fls.3 a 18*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 23 de junio de 2023 (*archivo 16*), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado con fecha de solicitud de vinculación del 21 de mayo de 2001, efectiva desde el 01 de julio de 2001, por GEORGES SEFAIR NADER, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la Sociedad Administradora De Fondo 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 Georges Sefair Nader, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

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 Georges Sefair Nader, 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 cargo de la demandada, la sociedad Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías - Porvenir S.A.; liquidense por secretaría incluyendo la suma de \$1.000.000 por concepto de agencias en derecho. Sin costas para la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que no se acreditó que al momento del traslado del actor, la AFP cumpliera con el deber de proporcionar una información completa y comprensible, teniendo en cuenta la asimetría que existe con el mismo cotizante, y deber de ejercicio activo al proporcionar esa información, dándole a conocer las alternativas que genera el sistema en el tema pensional, información que debe ser

veraz y suficiente, frente a lo que implicaba el traslado de régimen de prima media con prestación definida, al de ahorro individual.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones, recurrió la sentencia, señalando que no se da íntegra aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el cual señala la consecuencia de la declaratoria, la ineficacia al traslado, a falta el deber de información. Debe tenerse en cuenta las características propias del demandante en términos del conocimiento que tenía respecto al régimen de ahorro individual y régimen de prima media y, evidenciarse, que tuvo amplio conocimiento de dichas características, sin que pueda alegar el desconocimiento de la norma, cuando sus aportes no le dieron los rendimientos que esperaba. Aceptar la declaración injustificada de ineficacia del traslado, afecta a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la Seguridad Social de los demás afiliados, contraría la equidad y se abandona el valor de Justicia material, al permitir que personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales entren a beneficiarse de la subsidiaria a costa de las cotizaciones y riesgos asumidos por otras personas. Finalmente, de confirmarse la decisión, solicita ordenar a Porvenir, no realizar descuentos por conceptos de seguros previsionales, toda vez que dicho rubros contribuirían con la descapitalización del sistema general de pensiones y, no se condene en costas, toda vez que fue un tercero 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 seguro social desde el 5 de septiembre de 1989 (*exp. digital, archivo 12, fl.147*); migró al RAIS, a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., mediante formulario de vinculación del 21 de mayo de 2001 (*expediente digital, archivo 11, fls.84 y 91*).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que se trasladó a Porvenir a través de un asesor, el 21 de mayo de 2001, por recomendación de un amigo. Aduce que el asesor le mostró los beneficios del traslado inmediato en esa época de Colpensiones a Porvenir, tales como un poder de ahorro y una colocación de estos dineros en fondos nacionales e internacionales para una mayor rentabilidad y, que su pensión iba a ser mucho mejor; que estos fondos venían garantizados por empresas privadas y que serían a través de colocaciones en bonos o algo muy seguro. Quiere trasladarse a Colpensiones porque desea pensionarse con una mejor calidad de pensión. No recuerda si leyó el formulario de afiliación, pero no fue coaccionado para firmarlo.

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 S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

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

Por tanto, 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). 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).

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, 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

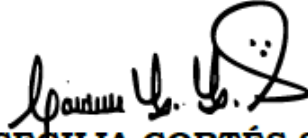
PRIMERO: MODIFICAR en el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de junio de 2023, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: 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



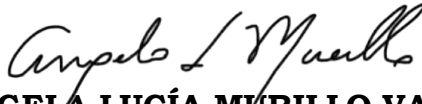
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

035 2022 00552 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 036 2022 00487 01
DEMANDANTE: MARIA FERNANDA ALVAREZ MOLINA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Protección S.A, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de junio de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia de la vinculación al RAIS efectuado a través de la AFP Protección S.A. En consecuencia de ello, se ordene su traslado al régimen de prima media con prestación definida, el saldo total del ahorro de su cuenta personal, los aportes pensionales, reembolsar los cobros y gastos de administración, aceptar su vinculación, de igual manera que Colpensiones la tenga como si nunca se hubiera trasladado. Asimismo, se condene en costas y agencias de derecho a las demandadas y, lo extra y ultra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que ha laborado por más de 30 años, estuvo vinculada a CAPRECUNDI desde 1995, estuvo vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el año 1995, suscribió vinculación al RAIS en julio de 1999 por medio de la AFP

Protección S.A, afirma que se le indujo de manera inapropiada a vincularse a la AFP Protección y que lo manifestó por escrito, dado que los asesores no tenían amplio conocimiento sobre temas de seguridad social, a su vez no informó por escrito a su empleador del cambio de régimen, de igual manera nunca le indicaron que al trasladarse perdía los beneficios del régimen de prima media, nunca recibió por parte de la AFP Protección una eventual simulación o comparación entre mesadas pensionales, de igual manera el ISS hoy Colpensiones tampoco brindó información frente a la solicitud de traslado. Radicó solicitud ante Colpensiones a fin de que la afiliaran, pero la AFP Protección se opuso ante el traslado, a su vez presento solicitud a la AFP Protección para llevar a cabo la desvinculación del régimen. (expediente digital, archivo 03, fls. 1 a 22).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la vinculación de la demandante desde 1995 y su traslado a Protección S.A en julio de 1999, la petición elevada y su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso 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 y las innominadas o genéricas. Argumentó que todas las actuaciones de Colpensiones están encaminadas al cumplimiento del principio Constitucional de sostenibilidad financiera, a su vez que 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, suscribió formulario de afiliación al RAIS en 1999 por ende se llevó a cabo conforme a las leyes vigentes para la época, la demandante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS, dejando transcurrir la oportunidad de retornar al RPMD. (expediente digital, archivo 09 fls. 02 a 24).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la afiliación a esta AFP, la petición elevada y su respectiva respuesta, la oposición frente al traslado, la petición del formulario en primigenio. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, la innominada o genérica. En su defensa expuso que todas sus actuaciones están precedidas por la buen fe y la legalidad por consiguiente, la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, conforme de evidencia en el formulario mediante el cual manifestó su voluntad, a su vez se brindó una asesoría completa, y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca hizo ejercicio de la facultad de regresar al RPM y la variación del monto de pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, de igual manera se resalta que la acción pretendida se encuentra prescrita, y el desconocimiento de la ley no es excusa de su cumplimiento. (expediente digital, archivo 12 fls. 03 a 48).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 16 de junio de 2023 (expediente digital, archivo 20), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por MARÍA FERNANDA ÁLVAREZ MOLINA con destino a la AFP Colmena, hoy Protección SA, el 26 de mayo de 1999; de acuerdo con las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Protección SA el traslado de todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión

mínima, estos últimos tres rubros debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia de la actora en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Protección SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los valores referidos en el ordinal anterior y a mantener la afiliación de MARÍA FERNANDA ÁLVAREZ MOLINA como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional, debiendo actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia a Colpensiones y a la AFP Protección SA. Inclúyase como agencias en derecho el equivalente a un smmlv a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante

SEXTO: REMÍTASE el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta

Como sustento de su decisión, señaló que no obra medio de convicción alguno que demuestre que efectivamente la AFP Colmena S.A hoy Protección S.A., brindara al momento de la afiliación información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias del traslado a un fondo privado, lo cual constituye omisión en su deber de información.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y Protección S.A, recurrieron la sentencia.

Colpensiones afirma que sobre quien recae la responsabilidad de haber informado de manera clara, sucinta y precisa es a la AFP. Se debe tener en cuenta la prohibición legal en la cual esta incurso la demandante en razón del tiempo transcurrido para el traslado, teniendo en cuenta estas consideraciones, nada tuvo que ver Colpensiones dentro de las actuaciones, contrataciones y actos jurídicos que ha realizado la demandante en cuanto a lo que tiene que ver con su afiliación pensional.

Protección S.A. arguye que nunca ha incumplido con el deber de asesoría oportuna y suficiente que tenía para el momento de la afiliación, ello se demuestra con el formulario de vinculación y adicionalmente en la política de asesoramiento a personas naturales, a su vez considera que se

vulnero el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción, toda vez que el motivo por el cuál la accionante decidió trasladarse obedece a fines económicos y en el sentido de la analogía que se realizó frente al caso.

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 02 de enero de 1995 al 30 de junio de 1999 (Expediente digital, archivo 11, fls 2 a 8); migró al RAIS, a través de la AFP Colmena S.A, hoy Protección S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 26 de mayo de 1999 (expediente digital, archivo 12, fl. 68).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que llegaron asesores de Colmena S.A a la Secretaría de Educación de Cundinamarca, lugar donde trabajaba para aquel entonces, informando que debían trasladarse a su fondo privado, debido a que el ISS se iba a acabar y en el fondo podrían llegar a obtener una mejor pensión, no le informaron sobre las diferencias entre los dos regímenes pensionales, los requisitos para pensionarse, los aportes voluntarios o de la prohibición legal de regresar a Colpensiones luego de cierto tiempo, tampoco realizaron proyección pensional y afirma que en el fondo privado quedaría mal

pensionada, posterior al traslado tampoco se acercó a Colpensiones a pedir asesoría.

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

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 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). 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.

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 la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de junio de 2023, 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.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

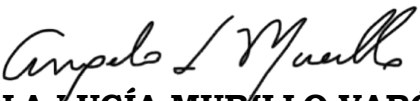


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto
036 2022 00487 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 38 2020 00112 01.
DEMANDANTE: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES
DEMANDADO: JOSE ANTONIO BARBERO HERNANDO

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de mayo de 2022. También el grado de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la nulidad de la Resolución No. 026535 del 02 de septiembre de 2010, proferida por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, mediante la cual se reconoció indemnización sustitutiva de vejez en favor del señor José Antonio Barbero Hernando, al determinarse que es incompatible con la pensión de jubilación reconocida por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a partir del 15 de marzo de 1997.

En respaldo de sus pretensiones, narró que Mediante la Resolución No. 00729 del 23 de marzo de 2000, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció una pensión de jubilación en favor del señor José Antonio Barbero Hernando, a partir del 15 de marzo de 1997, en cuantía de \$598.616, cuando adquirió el estatus para la prestación. Que el 21 de noviembre de 2016, el demandado solicitó una reliquidación de

indemnización sustitutiva de pensión de vejez, reconocida mediante Resolución No. 026535 del 02 de septiembre de 2010, por el Instituto de Seguro Social hoy Colpensiones, en cuantía de \$7.881.079, liquidada sobre 559 semanas, con un ingreso base de liquidación de \$574.140. finalmente, aduce que mediante Auto de Pruebas APG NR 1421 del 21 de diciembre de 2016, Colpensiones solicitó el consentimiento de manera expresa al señor Barbero Hernando, para revocar el acto administrativo No. 026535 de 2010, toda vez que se encuentra incurso en la causal establecida en el numeral 1º de la ley 1437 de 2011 (*expediente digital, archivo 03AdecuacionDemandaJoseAntonio*).

Mediante auto del 16 de diciembre de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por el accionado José Antonio Barbero Hernando (*14TienePorNoContestadaCitaAudiencia*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de mayo de 2022, absolvió de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda e, impuso costas a Colpensiones (*21AudienciaSentencia20220511*).

Con fundamento de su decisión, señaló que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez regulada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y las pensiones de gracia y jubilación reconocidas al demandante, son prestaciones compatibles, pues cuentan con una fuente de financiación distinta.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante apeló lo resuelto, para lo cual arguyó que indemnización sustitutiva otorgada en favor del accionado, no se ajusta a derecho, al determinarse de manera clara que es incompatible con la prestación de jubilación que el Magisterio le reconoció, ya que el derecho pensional del asegurado se aplicó con posterioridad al 17 de mayo de 1992, fecha para la cual no existía la compatibilidad de las pensiones

reconocidas por el régimen de prima media con prestación definida y el magisterio.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

Son hechos probados e indiscutidos, que: *i)* el demandante es beneficiario de una pensión vitalicia de jubilación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 729 del 3 de marzo de 2000, a partir del 15 de marzo de 1997, en cuantía inicial de \$598.616 (fls.3 a 4¹), y *ii)* que mediante Resolución 026535 de 2 de septiembre de 2010, el Seguro social, le concedió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía única de \$7'881.079, liquidado sobre 559 semanas, con un ingreso base de liquidación de \$574.140, por cotizaciones efectuadas a ese instituto desde el 1 de febrero de 1982 al 31 de marzo de 2010 (fls.46 a 47)².

El inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispone que el sistema general de seguridad social previsto en dicho precepto no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Por tal motivo, es viable afirmar que pese

¹ Expediente digital//Carpeta 20Folio103// {2F8AC19E-0F1C-468E-BE8A-D78AB5AE1486}

² Expediente digital//Carpeta 01DemandaOrdinaria//Subcarpeta C001// 11001310503820200011200_C1

al reconocimiento de la prestación concedida al actor al amparo del régimen exceptuado del Magisterio con tiempos diferentes en los que hoy se sustenta la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, es posible.

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

En el asunto de marras, la indemnización sustitutiva otorgada por Resolución 026535 del 02 de septiembre de 2010, fue reconocida con base en las cotizaciones realizadas directamente ante el Seguro Social desde el 1 de febrero de 1982 al 31 de marzo de 2010, dado las vinculaciones con personas jurídicas privadas (Colegio Salesiano LE, Juan de Jesús USSA N y, Asescoop CTA) que ascienden a 559.43 semanas de conformidad con historia laboral (fls.55³), las cuales de conformidad con el contenido de la Resolución No. 729 del 3 de marzo de 2000 fls.3 a 4⁴, no fueron tenidas en cuenta para reconocer la pensión otorgada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud del tiempo de servicios prestados como docente nacionalizado.

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

³ Expediente digital//Carpeta 01DemandaOrdinaria//Subcarpeta C001// 11001310503820200011200_C1

⁴ Expediente digital//Carpeta 20Folio103// {2F8AC19E-0F1C-468E-BE8A-D78AB5AE1486}

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

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

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

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

El accionante nació el 14 de marzo de 1942 (cédula de extranjería, carpeta 20Folio103⁵), es decir que alcanzó 62 años de edad el 14 de marzo de 2004, data en la cual podía solicitar la pensión de vejez, empero como no acreditó la densidad de semanas y no continuó cotizando, en esa fecha causó el derecho a la indemnización sustitutiva que por disposición legal

⁵ Archivo: {44877212-B4DF-4EFB-ADCD-33F3BBB45E28}

debe contemplar todos los servicios prestados, incluso, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

De conformidad con las anteriores consideraciones, el reconocimiento de la prestación correspondiente a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, resulta conforme a derecho, lo que impone confirmar la sentencia de primera instancia.

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

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

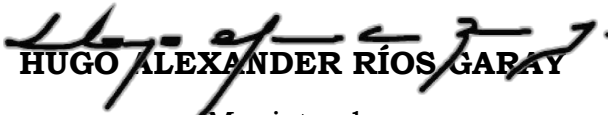
SEGUNDO: Sin costas en la consulta ni en la apelación.

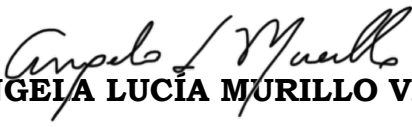
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con salvamento 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 038 2020 00289 01.
DEMANDANTE: YEIMI ANDREA RODRIGUEZ CHAVES
DEMANDADO: AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.
AVIANCA S.A. Y COOPERATIVA DE TRABAJO
ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN -
SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de marzo de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido con Avianca S.A., a partir del 18 de enero de 2013 a la fecha, dando continuidad y validez al contrato suscrito con Servicopava el 3 de octubre de 2013 y; que sea reintegrada a su puesto de trabajo. En consecuencia, se condene a las demandadas a cancelarle los salarios dejados de percibir desde el 1 de abril de 2020 hasta que sea reintegrada, el faltante de los salarios de los días de junio de esa anualidad, las primas de servicio, cesantías, intereses a las cesantías y, las vacaciones; en caso de darse por terminado el contrato de trabajo, se condene a la indemnización por despido injustificado, la indexación y, las costas del proceso. De manera subsidiaria, solicita la sanción contemplada en el artículo 65 del CST.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 3 de octubre de 2013 firmó contrato de trabajo de medio tiempo, a término indefinido con la temporal Servicopava, para laborar en Avianca S.A., como agente de servicio al cliente y atención al pasajero, con un salario base de \$1'155.381; contrato que cambió a tiempo completo, a partir del 1º de enero de 2014, desempeñando siempre las mismas funciones, de conformidad con las órdenes e instrucciones que le impartía AVIANCA, por intermedio de su jefe inmediato señor Rodrigo Pardo, en las instalaciones de la compañía, *Aeropuerto El Dorado* de Bogotá. Dicho contrato se terminó con la cooperativa, el 30 de octubre de 2017. A partir del 1º de noviembre de 2017, fue contratada por Avianca, desempeñando las mismas funciones, mediante contrato a término fijo por un año, hasta el 30 de octubre de 2018, renovado por los periodos de 2019 y 2020; en la actualidad, su jefe inmediato es la señora Margared Giraldo, quien a su vez es empleada de la aerolínea; manifiesta que compañeros que desarrollan las mismas actividades, devengan un salario de \$1'800.000.

Debido a la pandemia, COVID 19, Avianca, en forma arbitraria, la envió a licencia no remunerada desde el 1º de abril al 30 de junio de 2020; sin embargo, en junio de esta anualidad, la programa para que se presente a trabajar los días 10, 12, 13, 27 y 29 y, le paga según ajuste que se realizó. El 1º de julio de 2020, la empresa le ordena firmar un documento en el cual se acuerda la suspensión del contrato de trabajo sin remuneración, hasta cuando duren las causas que dieron origen a esta situación; el cual se niega a firmar.

Finalmente, aduce que, durante el tiempo laborado en la empresa, no ha tenido llamado de atención alguno, sanciones o memorandos y que, ha demostrado transparencia, honradez, fidelidad, cumplimiento, y dedicación al trabajo.¹

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 el contrato de trabajo celebrado con la demandante el

¹ Expediente digital//Carpeta 01Demanda//Archivo 01EscritoDemanda.

1º de noviembre de 2017, por un término de 1 año, renovado por los años 2019 y 2020, en virtud de lo cual, ha realizado sus funciones en las instalaciones de la aerolínea, en el aeropuerto *El Dorado*, su jefe inmediato y, la no imposición de llamados de atención o suspensiones disciplinarias. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. En su defensa, propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, la prescripción, la buena fe, la compensación, pago y las demás que puedan ser declarables oficiosamente.

Explicó que la demandante no fue contratada laboralmente por Avianca S.A. antes del 1º de noviembre de 2017, sino que tuvo la calidad de cooperada de Servicopava, 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, contando esta Cooperativa con plena autonomía técnica, administrativa y directiva; servicios que eran ajenos al objeto social de Avianca. Que la actora, libre y voluntariamente, decidió acogerse a una licencia no remunerada en los meses de mayo y junio de 2020 y, posteriormente en julio Avianca suspendió su contrato de trabajo hasta diciembre de 2020 por motivos fuerza mayor, situación que tuvo como fundamento los hechos imprevisibles e insuperables consecuencia del Estado de Emergencia Sanitaria decretada por el Gobierno Nacional a raíz del Covid-19, lo que afectó la aviación mundial e imposibilitó a Avianca desempeñar sus actividades comerciales en condiciones de normalidad.²

Por su parte, la demandada Servicopava al contestar también se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, señaló que ninguno es cierto o que no le constan. 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.

² Expediente digital//Carpeta 06ContestacionAvianca20210526//Archivo CONTESTACIÓN DEMANDA AVIANCA.

Para enervar las pretensiones de la demanda, expuso que jamás existió un contrato de trabajo con la demandante, sino un convenio de asociación firmado y aceptado por las partes el 3 de octubre de 2013, el cual finalizó de manera definitiva el 31 de octubre de 2017, mediante retiro voluntario, debidamente aceptado por la Cooperativa; en virtud de tal convenio, se estipuló que los asociados desempeñarán inicialmente las funciones de Auxiliar de Servicios, de acuerdo con la oferta mercantil firmada entre Avianca y Servicopava. Asimismo, que Avianca es una entidad completamente independiente de la Cooperativa y, de naturaleza diferente.³

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de marzo de 2022, absolvió a las demandadas y gravó a la demandante con las costas del proceso.⁴

Como sustento de su decisión, concluyó que, de las pruebas allegadas y recaudadas, no surge de manera incontrastable que en el periodo de vinculación de la demandante como trabajadora asociada a Servicopava, hubiere cumplido funciones dentro de un escenario de subordinación jurídica laboral generada por personal directo de Avianca, sin que haya lugar a declarar la existencia de un vínculo contractual laboral directo entre la demandante y Avianca desde el 3 de octubre de 2013, en el marco del cual la cooperativa de trabajo asociado hubiera fungido como un simple intermediario. Tampoco puede deducirse una eventual continuidad de la vinculación en la forma reclamada, entre el vínculo como trabajadora asociada y el vínculo laboral dependiente sostenido con Avianca a partir del 1º de noviembre de 2017, pues aquel se dio por terminado por decisión de la demandante, sin que se advierta la presencia de vicios del consentimiento.

³ Expediente digital//Carpeta 05ContestacionServicopava20210525//Archivo CONTESTACION YEIMY RODRIGUEZ, fls.10 a 31.

⁴ 15AudArt802020289CTAvianca

En lo referente a las pretensiones de carácter económico, toda vez que el vínculo contractual con Avianca no ha expirado, se descarta la viabilidad de las súplicas relacionadas con la sanción del artículo 65 y la indemnización por terminación de contrato sin justa causa. Y, en relación con el pago de salarios dejados de percibir desde el 1º de abril de 2020, se encuentra acreditado en el informativo que la demandante solicitó licencias no remuneradas con ocasión de la pandemia que a partir del año 2020 se ha venido generando y, a partir del mes de julio siguiente habría entrado en operación la suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito, que temporalmente impide su ejecución, en los términos del artículo 51 del CST modificado por el artículo 4 de la ley 50 de 1990; además que, se demostró que se le notificó a la demandante la renovación del trabajo a partir del mes de enero del año 2021.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación en el que, en resumen, argumentó que, no se tuvo en cuenta que se demostró la existencia de los 3 elementos del contrato de trabajo con Servicopava, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Además, sus labores las realizaba y cumplía dentro de las instalaciones de Avianca, donde estaba uniformada, lo que supone que estaba bajo la subordinación de un jefe de Avianca. A la demandante le pagaban prestaciones, vacaciones y aportes a seguridad social y, por el contrario, no recibió dividendos como sería en caso que fuera asociada. Aduce que, sí existió continuidad en el contrato, pues una vez ingresa a Avianca, lo hace para desarrollar las mismas funciones que ya estaba desarrollando con la cooperativa. Finalmente, manifiesta que aún con la situación de la pandemia que afectó a nivel mundial, debía tenerse un permiso especial del Ministerio para suspender el contrato por 180 días.

IV. CONSIDERACIONES

Conforme al recurso de apelación corresponde a la Sala determinar 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 el demandante y Servicopava y, su continuidad con Avianca S.A., desde el 3 de octubre de 2013, al demostrarse la prestación del servicio y no desvirtuada la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo.

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 precoperativas 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 la promotora del juicio estuvo vinculada en calidad de asociada a la demandada SERVICOPAVA desde el 3 de octubre de 2013 hasta el 31 de octubre de 2017, lo cual se constata con la liquidación definitiva de compensaciones (fl.41⁵) y, del interrogatorio de parte absuelto por Juan Alfonso Matheus Páez, en su calidad de representante legal de Servicopava, quien acepta que la promotora del juicio prestó sus servicios como auxiliar de servicios en tierra, desde la recepción de la maleta de pasajeros hasta llevar la maleta al avión.

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 la demandante es de naturaleza diferente al laboral o con ausencia de subordinación.

Para el efecto, SERVICOPAVA allegó copia de los estatutos que la gobiernan (fls.1 a 39); el régimen de trabajo asociado y de compensaciones (fls.40 a 62); la oferta mercantil presentada por Servicopava a Avianca S.A. el 1º de agosto de 2003 y el 5 de febrero de 2009, 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.63 a 87); 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 (fls.89 a 416); las comunicaciones dirigidas a 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.417 y 418); y se aportó

⁵ Expediente digital//Carpeta 05ContestacionServicopava20210525//Archivo CONTESTACION YEIMY RODRIGUEZ, fls.10 a 31.

también, la certificación en la que Servicopava indica que la oferta comercial no fue prorrogada, por lo que los trabajadores asociados de la cooperativa no se les permitiría el ingreso a las instalaciones aeroportuarias donde realizaban (fl.419).⁶

También obra acuerdo cooperativo de trabajo asociado suscrito el 3 de octubre de 2013, entre la demandante y SERVICOPAVA y, su acuerdo complementario (fl.32 a 34); comunicado de funciones (fl. 35), solicitud de afiliación a la cooperativa suscrita por la demandante (fl.36) y, comunicación de aceptación dirigida a la demandante (fl.37); las comunicaciones suscritas por la actora mediante las cuales autoriza a SERVICOPAVA a realizar descuentos de sus compensaciones ordinarias y extraordinarias y/o auxilios cooperativos, a efecto de cubrir aportes sociales y créditos de libre destinación (fl.38); certificado expedido por COODANSOCIAL en que se hace constar que la demandante asistió al curso básico de economía solidaria (fl.39); la constancia de entrega de dotación al demandante en formato con logo de la cooperativa (fl.40); la liquidación definitiva por compensaciones por terminación del convenio de asociación (fl.41); ficha técnica del trabajador asociado (fl.42); paz y salvo general (fl.43); la comunicación adiada del 30 de octubre de 2017 dirigida a Servicopava mediante la cual la demandante presenta formalmente retiro voluntario como asociada de la cooperativa, como agente de servicio al cliente para Avianca (fl.44); carta de aceptación fechada 3 de noviembre de 2017 (fl.45); examen médico de egreso y entrega de documentos de retiro del 10 de noviembre siguiente (fls.75 y 76) y; certificación de desarrollo de sus labores asociativas (fl. 77).⁷

Paralelamente, se anexó formulario de afiliación a la EPS Sanitas (fl.48); el certificado de afiliación del demandante a la ARL Equidad Seguros a través de Servicopava (fl.47); la inscripción del accionante a la Caja de compensación Cafam con sello de radicación del 3 de octubre de 2013 (fl.46); certificado de afiliación a la AFP Horizonte Pensiones y

⁶ Expediente digital//Carpeta 05ContestacionServicopava20210525//Archivo DOCUMENTOS GENERALES UNIFICADOS BOGOTÁ

⁷ Expediente digital//Carpeta 05ContestacionServicopava20210525//Archivo CONTESTACION YEIMY RODRIGUEZ

Cesantías a partir de enero de 2013, expedido el 3 de octubre de esa anualidad (fl.49); comunicaciones dirigidas a la actora con referencia de *Invitación a mejorar*, fechadas del 7 de julio de 2014, 12 de abril y 26 de septiembre de 2016 (fls.50, 55 y 62); la citación a proceso disciplinario dirigida a la demandante del 6 de julio de 2016 (fl.51); acta de diligencia de descargos rendida por la actora el 7 de julio de 2016 y notificación del cierre del proceso disciplinario (fls.52 a 54); citación a audiencia de descargos por incumplimiento de turnos, de 28 de octubre de 2014 y, acta de la misma (fls.56 a 60), notificación de suspensión (fl.61); misiva informándole su asignación como auxiliar servicios full time (fl.64); solicitud de días de descanso por jornada electoral (fls.66 a 69); comunicación de plan de descanso anual (fl.70); certificación de inducción (fl.73); declaración de recepción de código de ética de la empresa cliente Avianca, en cumplimiento de los compromisos comerciales de la cooperativa (fl. 74); el histórico de compensaciones y pagos canceladas a la actora por la cooperativa (fls.78 a 82) y; las planillas de pago de aportes a seguridad social (fls.83 a 98).⁸

Igualmente, se allegó contrato de trabajo de la demandante con Avianca a término fijo de un año, suscrito el 1 de noviembre de 2017⁹; certificación laboral de 23 de octubre de 2020¹⁰; desprendibles de pagos de nómina¹¹; correo electrónico de suspensión del contrato de trabajo y, misivas relacionadas con la licencia no remunerada, a raíz de la emergencia sanitaria Covid-19¹².

Asimismo, la cooperativa demandada solicitó decretar y escuchar los testimonios de Maryein Amado Orozco y Marlene Infante Prada, sin embargo, no practicaron pues el primero se declaró improcedente y el segundo la demandada desistió de su práctica.

⁸ Ibídem.

⁹ Expediente Administrativo//Archivo YEIMI RODRIGUEZ

¹⁰ Expediente Administrativo//Archivo 72810

¹¹ Expediente Administrativo//Archivos 159582_A y Comprobantes de pago 159582_2-1-7 (1)

¹² Expediente Administrativo

A su vez, la demandada AVIANCA S.A., solicitó decretar y escuchar el testimonio de Margaret Giral y María Elena Cárdenas, de cuya práctica desistió.

La demandante al rendir interrogatorio de parte, dijo que confesó que solicitó la afiliación a la cooperativa Servicopava el día 3 de octubre del 2003, suscribiendo un convenio asociativo de servicio; que autorizó a la cooperativa a realizar descuentos de aportes como asociada, los cuales le fueron devueltos a la terminación del convenio asociativo; así mismo, que Servicopava la afilió al sistema de seguridad social durante la vigencia del convenio, le pago las compensaciones acordadas y, sus rendimientos cuando los solicitaba por calamidad doméstica, por educación o por arreglos de vivienda y; que en vigencia del convenio solicitaba los descansos anuales, permisos por jornadas electorales o por calamidades. Que el convenio terminó por renuncia presentada por ella a la cooperativa, para firmar el contrato directo con Avianca. Adujo que, suscribió contrato con Avianca el 1º de noviembre de 2017, desempeñándose como agente meeting, que es funciones en tierra básicamente, atención a pasajeros. Que iniciada la pandemia la mandaron a licencia remunerada, la que le hicieron pedir voluntaria; le pagaron sus salarios de abril y mayo y, en junio recibió la prima; posteriormente le suspendieron el contrato, y solo recibió la prima de diciembre de 2020 y 5 días de salario en que atendió unos vuelos humanitarios. Indica que a partir del 1º de enero del 2021 reanudó sus funciones en Avianca, con quien está actualmente vinculada.

Se recibieron las declaraciones de parte de los representantes legales de las demandadas. El representante de Servicopava, manifestó que, las personas que se vinculan a la cooperativa ante la existencia de un puesto de labor, tenían un acuerdo cooperativo con convenio o asociación de trabajo asociado; que la demandante tenía la función de auxiliar de servicios, estaba asignada en la oferta mercantil que tenía la cooperativa con Avianca y dentro de ese cargo tenía lo concerniente con el contrato de la cooperativa, que era asistencia en tierra, que era desde la recepción de la maleta de pasajeros hasta llevar la maleta al avión. Aduce que ella recibía compensaciones ordinarias mensuales, compensación

extraordinaria, el equivalente a las primas compensaciones semestrales, recibía el equivalente a cesantías compensaciones anuales y el rendimiento de esas compensaciones anuales, así como, el derecho a una compensación por descanso equivalente a 15 días hábiles; tenía 2 subsidios de transporte cooperativo y unas bonificaciones adicionales en los meses de junio y diciembre que daba la cooperativa a sus trabajadores asociados asignados a esta oferta mercantil. La actora, como todos los trabajadores asociados, estaban afiliados a toda la seguridad social integral, desde su aceptación a la solicitud de afiliación voluntaria a la cooperativa e, igualmente, pagaban parafiscales. Explica que Servicopava manejaba el 100% de la operación de asistencia en tierra, en la que no había personal ni de Avianca ni de otras cooperativas o temporales. La accionante nunca tuvo un jefe inmediato de Avianca; las funciones eran asignadas por la gerencia de la cooperativa, a través de los diferentes coordinadores y líderes para el desarrollo de su operación. Informa que la demandante participó en las asambleas de la cooperativa, nunca llegó a pertenecer a los cuerpos directivos, pero sí participó en la elección de los delegados a las diferentes asambleas.

Por su parte, el representante legal de Avianca, informó que la demandante firmó contrato de trabajo a término fijo con esta empresa el 01 de noviembre de 2017, desempeñando el cargo de agente de servicio al cliente. desconoce las labores que haya desempeñado con Servicopava. Para la época de la pandemia, Avianca suspendió más de 1000 colaboradores, dentro de los que estuvo el contrato de ella, que se suspendió a partir del 20 de julio hasta diciembre del 2020; suspensión que se comunicó al Ministerio, bajo la causal de fuerza mayor, debido al cierre de los cielos, la imposibilidad de poder prestar el servicio. Explica que previamente a noviembre del año 2017, Avianca siempre tercerizó esas actividades de servicio al cliente y, que no intervenía de alguna manera para efectos de selección de personal.

A solicitud de la demandante se decretaron los testimonios de Deisy Castellanos, Diego Fernando Bejarano Ariza y María Alejandra Martínez

Montenegro, este último que no fue recaudado por cuanto la parte actora desistió de su práctica.

Diego Fernando Bejarano Ariza, amigo de la demandante y ex trabajador de Avianca, indicó que, conoció a la accionante en el trabajo en el año 2014, porque compartían operación, ella era de la operación de pasajeros y él técnico mecánico de los aviones; desempeñaban sus funciones en el aeropuerto de Bogotá, ella en las oficinas y él directamente en los aviones. Aduce que estaban vinculados directamente en la operación de Avianca, a través de diferentes cooperativas, pero supeditados a los jefes de Avianca, aunque no tiene nombre de algún jefe. Los pagos los hacía la cooperativa, no Avianca; pero los manejos de directivas, de operación, entrenamientos, de gestión humana, eran de Avianca. Manifiesta que en una época hubo unos acuerdos del Ministerio de Trabajo con Avianca para pasar a la gente directamente a Avianca, creo que para la actora fue a finales del 2017; luego seguían las mismas labores, lo único que cambió fue la modalidad de contrato, pero se mantenían las mismas funciones de atención al pasajero, labores administrativas, mismos jefes y en los mismos horarios; ella y las personas de operación tenían turnos rotativos, que los manejaban los funcionarios directos de Avianca. Si tenía que pedir permiso, debía hacerlo en primera instancia a los jefes de Avianca y, para justificarlo lo tenía que hacer en la Cooperativa. El control de ingreso se manejaba con el sistema de Avianca, las rutas de transporte eran proporcionadas por ésta y, la dotación que se utilizaba era de Avianca, con simbología y la proporcionaba la empresa.

Manifiesta que, para la época de la pandemia Avianca ofreció licencias no remuneradas, pero la accionante no aceptó, entonces le suspendieron el contrato en varias oportunidades, no sabe la fecha, y sabe que le reactivaron el contrato, porque ella sigue laborando. Nunca estuvo presente en un llamado de atención, lo que sabe es por temas de amistad, que la actora le comentaba, que cuando había algún problema con algún pasajero o algo, los que llamaban la atención eran los jefes de Avianca y que, en dado caso de una sanción, solicitaban el proceso con la cooperativa, que era la que sancionaba; pero aclara que a la actora nunca

la han sancionado. Dice que la accionante siempre disfrutó de vacaciones. No tiene conocimiento respecto de las situaciones dadas en pandemia.

Deicy Johana Castellanos Rodríguez, amiga de la demandante y trabajadora de Avianca, adujo haberla conocido en el aeropuerto El Dorado, en el año 2019, como agente de servicio al cliente, pero dice que ya la había visto en el aeropuerto, en el módulo en otras actividades. Aduce que estuvo vinculada con Servicopava hasta el 2017, cuando fue una obligación pasar la carta de renuncia, para poder hacer un contrato con Avianca. Informó que tenían jefes o supervisores de aeropuerto, pero no sabe si eran de Avianca o Servicopava; que se impartían instrucciones de líderes que sí eran afiliados de la cooperativa. Sabe que la actora cumplía turnos de 8 horas 45 minutos. Para la época antes del año 2017, la accionante portaba dentro de las instalaciones de Avianca un uniforme gris, que no llevaba logo. Dice que había una oficina de Servicopava en las instalaciones de Avianca. Que antes de 2017 la actora disfrutó de vacaciones y que no fue sancionada. Que portaba un carnet que en la parte de adelante decía “Avianca” y en la parte de atrás era “*servicio para algo así*”. Recibían dotaciones, cree que de Avianca.

Informa que en época de pandemia estuvo un tiempo en licencia y luego fue suspendido su contrato de trabajo. Sabe que la actora estuvo en licencia no remunerada desde abril hasta junio de 2020 y, que con ocasión de la pandemia hubo una disminución en la prestación de los servicios que realizaba Avianca, por lo que las tareas que prestaba específicamente la demandante, se vieron afectadas.

Así las cosas, al amparo de las anteriores pruebas las cuales se analizan en conjunto, se considera que la parte actora logró demostrar que prestó sus servicios a la demandada AVIANCA S.A, por lo que obra en su favor la presunción que dicha labor estuvo regida por un contrato de trabajo (art. 24 del CST), correspondiéndole al empleador probar que la relación fue independiente o con ausencia de subordinación.

Estima la Sala, que en el presente asunto la demandada logra desvirtuar la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, pues la prueba recaudada permite colegir que la demandante se desempeñó de manera autónoma o autogestionaria con la Cooperativa de Trabajo, 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 89 a 416¹³.

Ahora, la prueba testimonial recaudada no aporta realmente claridad respecto del vínculo que unió a las partes. Nótese que, en cuanto a Diego Fernando Bejarano Ariza, por un lado, informó que lo que sabe acerca de la relación de la demandante con las demandadas es lo que sabe es por la amistad, porque la actora le comentaba y; de otra parte, aunque adujo que estaban vinculados directamente en la operación de Avianca, supeditados a los jefes y directrices de ésta, no sabe el nombre de algún jefe; en cuanto a permisos, indicó que ella le comentaba cuando tenía incapacidades médicas, pero no fue específico en responder concretamente si observó esa situación respecto de la demandante, aunado a que nunca estuvo presente en un llamado de atención, quién era la persona que le impartía órdenes o quien era el jefe o cuantos jefes tuvo.

Y aun cuando adujo que, la dotación que se utilizaba era de Avianca, con simbología y la proporcionaba la empresa, su dicho se contraría con el de Deicy Johana Castellanos Rodríguez, que al respecto indicó que para la época anterior a 2017, se usaba un uniforme gris, que no tenía logo; así mismo, dicha declarante indicó que solo conoció a la demandante en el año 2019, aunque ya la había visto antes en el aeropuerto, en el módulo o en otras actividades, no sabe si los jefes eran de Avianca o de Servicopava, pues aclaró que los jefes en el aeropuerto eran apoyos líderes que iban con Servicopava y, aunque hay otros cargos más altos, no sabe con quién

¹³ Expediente digital//Carpeta 05ContestacionServicopava20210525//Archivo DOCUMENTOS GENERALES UNIFICADOS BOGOTÁ

estaban vinculados. Nótese también que esta testigo, dice que antes de 2017 la actora disfrutó de vacaciones y que no fue sancionada, pero también afirmó en su declaración que solo la conocía de vista, por lo que en realidad no puede dar fe de la relación que vinculó a la actora con las demandadas. Importante resulta también advertir que esta deponente respondió su declaración de manera dubitativa, sin ofrecer seguridad o claridad en cuanto a su dicho y, en lo único que fue clara, fue en que solo conoció a la demandante para el año 2019.

Así, como quiera que la parte demandante desistió de la práctica de la demás prueba testimonial, y las demandadas lo hicieron en su totalidad, el Tribunal debe remitirse al contenido de los documentos aportados al proceso, 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 desarrollado 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 la demandante a Servicopava, que se le pagaron compensaciones y demás emolumentos propios del régimen de las cooperativas de trabajo, incluso la cooperativa adelantó varios procesos disciplinarios, requerimientos y llamados de atención a la actora en distintas épocas, lo que permite concluir que la labor fue propia de un régimen cooperado. Lo anterior también se corrobora con la comunicación de fecha 3 de octubre de 2013 dirigida a la accionante en calidad de asociada, 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*”; denotando con ello que no estaba supeditada a una sola empresa¹⁴.

¹⁴ Expediente digital//Carpeta 05ContestacionServicopava20210525//Archivo CONTESTACION YEIMY RODRIGUEZ

De otro lado, no se evidencia que la actora recibió órdenes de personal directamente vinculado a Avianca S.A. antes de noviembre de 2017 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.

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 la demandante como asociada cooperada, prestó a AVIANCA S.A. servicios de manera independiente y autogestionada, entre el 3 de octubre de 2013 y el 31 de octubre de 2017, por lo que se desvirtúa la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo. En consecuencia, se confirma la decisión absolutoria de primera instancia, en este punto.

ii) De la suspensión del contrato

No fue objeto de reproche la existencia de un contrato de trabajo a término fijo de un año, suscrito entre la demandante y Avianca el 1º de noviembre de 2017, el cual se ha prorrogado de manera automática.

En el mismo sentido, no se discutió en el proceso que con ocasión de la pandemia generada por el Covid-19, la demandada Avianca, primero, concedió licencias no remuneradas a la trabajadora y, posteriormente procedió a suspender el contrato de trabajo por el periodo comprendido entre julio y diciembre de 2020, reanudando su contrato de trabajo a partir de enero de 2021¹⁵.

Pues bien, en lo referente a la suspensión del contrato de trabajo, el artículo 51 del C.S.T., establece:

¹⁵ Expediente digital//Carpeta 06ContestacionAvianca20210526//Expediente Administrativo.

Artículo 51. Suspensión. <Artículo subrogado por el artículo 4o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El contrato de trabajo se suspende:

1. **Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.**
2. Por la muerte o la inhabilitación del empleador, cuando éste sea una persona natural y cuando ello traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo.
3. Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por ciento veinte (120) días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. De la solicitud que se eleve al respecto el empleador deberá informar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores. (...).

A su vez, el artículo 53 ibídem, consagra:

Durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y **para el {empleador} la de pagar los salarios de esos lapsos**, pero durante la suspensión corren a cargo del {empleador}, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores. Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el {empleador} al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones. (Negrillas de la Sala)

En igual sentido, el artículo 412 del C.S.T. señala que *“Las simples suspensiones del contrato de trabajo no requieren intervención judicial”*.

De la lectura armónica de los preceptos en cita, para que un contrato de trabajo sea suspendido por fuerza mayor o caso fortuito, no se requiere autorización del Ministerio del Trabajo ni previa intervención judicial, salvo que sea por la causal tercera del artículo 51 del CPTSS; por lo que, en principio, no se impone intervención administrativa o judicial para suspender el contrato de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito.

Ahora bien, la fuerza mayor o caso fortuito se encuentra definida en el artículo 64 del Código Civil Colombiano, en los siguientes términos:

“Artículo 64. Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de

enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

Al respecto, en sentencia SU-449 de 2016¹, la Corte Constitucional hace la distinción de estos conceptos, en el siguiente sentido:

“Debe tenerse en cuenta, además, la distinción que doctrina y jurisprudencia han hecho entre la fuerza mayor y el caso fortuito, que, adquiere su mayor interés, dentro del marco de la responsabilidad por riesgo excepcional. Se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño”.

Ahora bien, sobre esta causal de suspensión del contrato de trabajo, de antaño, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha explicado que no cabe excluir la posibilidad de que ciertos hechos imprevisibles en su aplicación y a los que no es dable resistir, impidan durante un tiempo más o menos prolongado la ejecución del contrato de trabajo; así, cuando la fuerza mayor o caso fortuito aparezcan realmente comprobados, hacen incluso cesar el contrato por imposibilidad absoluta de continuar la prestación del servicio, sin que ninguna de las partes tenga responsabilidad en ello. En este sentido, en Sentencia de 07 de junio de 1963 (Publicada en Gaceta Judicial: Tomo CII, n.º 2267, pág. 482-488), indicó:

“Aunque por regla general el carácter de fuerza mayor o caso fortuito se atribuye a fenómenos de corta duración, en el Derecho Laboral, que tiende a asegurar la estabilidad del trabajador, no cabe excluir la posibilidad de que ciertos hechos, imprevisibles en su aparición y a los que no es dable resistir, impidan, durante un tiempo más o menos prolongado, la ejecución del contrato, sin que en ello intervenga la voluntad de las partes. Tal sería, por ejemplo, entre nosotros la especie de guerra civil que agobió durante algún tiempo varias comarcas del país, o el bandolerismo, cuando éste se presenta súbitamente en regiones antes no afectadas por él y perdura allí a lo largo de semanas y aun de meses.”

Más adelante, en Sentencia 1613 del 02 de diciembre de 1987 explicó que, *“en materia laboral, para que se configure la fuerza mayor o caso fortuito como causa que libere al patrono de cumplir sus obligaciones*

contractuales o legales, es menester no solo que el hecho constitutivo de tal fuerza sea imprevisible, sino que además lo coloque en absoluta imposibilidad de atender tales obligaciones y tener la característica de temporal o pasajera”.

Ahora bien, en Sentencia 39668 del 30 de octubre de 2012, la misma Corporación determinó que el hecho de que el empleador no pueda prever y precaver la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito, no es suficiente para tener como eficaz la suspensión del contrato, sino que corresponde al empleador demostrar que el hecho imprevisible, irresistible e inimputable impide efectiva y temporalmente la ejecución del contrato de trabajo; posición reiterada más recientemente, en Sentencias SL3478-2017 del 01 de marzo del 2017, y SL4849-2018 del 17 de octubre de 2018.

Importante resulta precisar también que, en lo referente a la temporalidad y autorización de autoridad laboral, en los casos de la suspensión del contrato por fuerza mayor o caso fortuito, la Alta corporación, en sentencia de mayo 23 de 1991, Rad. 4246, dijo lo siguiente:

"El caso fortuito o fuerza mayor como causal de suspensión del contrato se distingue claramente de la clausura temporal de actividades de la empresa, establecimiento o negocio, pues aquel se genera por un imprevisto que sobreviene en forma súbita e impide temporalmente la ejecución material del contrato. La ley no señala un límite máximo en el tiempo como motivo de suspensión, de manera que el caso fortuito puede ocasionar la suspensión indefinida del contrato de trabajo. La suspensión de actividades de la empresa obedece, según el art. 51, numeral 3, C.S.T., a razones de orden técnico o económico, independiente de la voluntad del empleador y no supone la imposibilidad material de desarrollar la relación de trabajo, cosa que si sucede en el evento de la fuerza mayor. Como motivo de suspensión del contrato de trabajo, la clausura temporal de la empresa solo puede extenderse hasta por 120 días, de acuerdo con la norma citada, pues si excede de dicho lapso deviene en terminación del vínculo laboral (Art. 6 D. 2351/65).

Para efectuar la suspensión temporal de actividades, la empresa debe solicitar autorización del Ministerio del Trabajo y avisar a los trabajadores (art. 40, Decreto 2351 de 1965), lo cual por razones obvias no procede en la hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor.

En el caso fortuito o fuerza mayor como motivo de suspensión puede significar en la práctica la clausura temporal de la empresa, pero este tipo de cierre temporal, por su origen, no es jurídicamente igual al previsto por

el artículo 51, numeral 3º del Código Sustantivo del Trabajo, o al establecido por el Decreto 2351 de 1965, artículo 6º, literal f. además puede ocurrir que si con el caso fortuito confluyen circunstancias de orden técnico o económico que impidan la reapertura de la empresa originalmente prevista y el empleador solicita permiso al Ministerio del Trabajo para una clausura temporal o definitiva, si se obtiene la autorización, cesaría el caso fortuito como causal de suspensión del contrato de trabajo y este vínculo quedaría sujeto a la decisión ministerial."

Descendiendo al caso que ahora ocupa la atención del Tribunal, se tiene que la suspensión del contrato obedeció, en decir del empleador, a una causal de fuerza mayor acaecida por la crisis sanitaria y los efectos económicos con ocasión de la aparición del virus COVID- 19.

Frente a este aspecto, el Ministerio de Salud y de la Protección Social promulgó la Resolución 385 de 2020, mediante la que declaró el estado de emergencia sanitaria por causa del nuevo coronavirus COVID-19 en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020 (prorrogada a través de las Resoluciones 844, 1462, 2230 de 2020, y 222 del 25 de febrero de 2021) y, en virtud de la cual, adoptó medidas con el objeto de prevenir y controlar la propagación del COVID-19 y mitigar sus efectos.

Por su parte, el Gobierno Nacional promulgó el Decreto Legislativo 417 del 17 de marzo de 2020, mediante el cual se realizó la declaratoria de emergencia económica, social y ambiental, con el fin de hacer uso de facultades extraordinarias para conjurar tal situación de emergencia sanitaria y los efectos económicos que trajo el virus COVID-19.

Posteriormente, profirió el Decreto 439 del 20 de marzo de 2020 por medio del cual se suspendió el desembarque con fines de ingreso o conexión en territorio colombiano, de pasajeros procedentes del exterior, por vía aérea y; mediante Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público, artículo 5, se ordenó la suspensión de transporte doméstico por vía aérea a partir del 25 de marzo de 2020, permitiéndolo solo en los casos de emergencia humanitaria, transporte de carga y mercancía y, en caso fortuito o fuerza mayor.

En la misma medida, mediante Decreto 569 del 15 de abril de 2020, se estableció que dicha suspensión se extendería durante el término que perdure la emergencia sanitaria declarada por el Ministro de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19 (artículo 5).

Bajo las anteriores precisiones normativas y jurisprudenciales, considera la Sala que era evidente la situación de fuerza mayor o caso fortuito ante el acaecimiento de la emergencia sanitaria ocurrida a nivel mundial, en la que las aerolíneas se vieron obligadas a suspender los vuelos, salvo en las excepciones referidas, encontrando que Avianca S.A. en calidad de empleadora, gozaba de plena autonomía para suspender el contrato de trabajo de la demandante en las condiciones anotadas, sin lugar a acudir al Ministerio del Trabajo o a otra autoridad, para obtener permiso alguno, pues como quedó visto, ello se requiere solo en los casos de suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por ciento veinte (120) días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, diferentes a las de fuerza mayor o caso fortuito.

Cumple traer a colación, el comunicado de la Organización Internacional del Trabajo –OIT, de fecha de 18 de marzo de 2020 sobre “*El COVID-19 y el mundo del trabajo: Repercusiones y respuestas*”, en donde afirmó que:

“El Covid-19 tendrá una amplia repercusión en el mercado laboral. Más allá de la inquietud que provoca a corto plazo para la salud de los trabajadores y de sus familias, el virus y la consiguiente crisis económica repercutirán adversamente en el mundo del trabajo en tres aspectos fundamentales, a saber: 1) la cantidad de empleo (tanto en materia de desempleo como de subempleo); 2) la calidad del trabajo (con respecto a los salarios y el acceso a protección social); y 3) los efectos en los grupos específicos más vulnerables frente a las consecuencias adversas en el mercado laboral (...)”

*A este respecto, la Recomendación Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, 1982 (núm. 166), señala que **todas las partes interesadas deberán tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo** por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por*

estos motivos para el trabajador o los trabajadores interesados (...)” (Negrillas por la Sala).

En tal sentido, considera la Sala que Avianca, como empleador, dio cumplimiento a tales medidas, toda vez que buscó las medidas para atenuar el impacto que podría tener el COVID- 19 en sus relaciones de trabajo; es así como, en primera medida a la accionante se le concedió para abril de 2020, salario sin prestación del servicio¹⁶, posteriormente procedió a conceder una licencia no remunerada por los meses de mayo y junio de 2020¹⁷, con el pago de un bono por la emergencia y, sólo procedió a la suspensión del contrato de trabajo por causal de fuerza mayor, entre julio y diciembre de 2020¹⁸, pues en enero de 2021 se reanudó su contrato, sin que exista en el expediente evidencia respecto que haya culminado en la actualidad; actuar que se acompasa con las Circulares 021 y 033 de 2020 proferidas por el Ministerio del Trabajo, en las que se establece que ante la propagación del COVID-19 en el territorio nacional, el empleador debe buscar alternativas como el trabajo en casa; teletrabajo; jornada laboral flexible; vacaciones anuales, anticipadas, y colectivas; permisos remunerados; y salario sin prestación de servicios; licencia remunerada compensable; modificación de la jornada laboral y concertación de salario; modificación o suspensión de beneficios extralegales; y concertación de beneficios convencionales.

De conformidad con las consideraciones expuestas y atendidos los argumentos de apelación, la Sala confirmará la sentencia apelada.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

¹⁶ Alcance aceptación licencia no remunerada (1)

¹⁷ Aceptación licencia no remunerada mayo 2020//Aceptación licencia no remunerada junio 2020//
Comprobantes de pago 159582_2-1-7 (1), fl.5

¹⁸ Suspensión

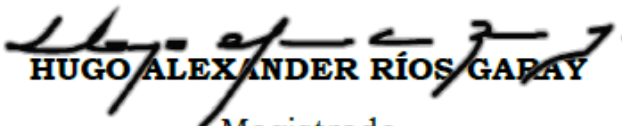
RESUELVE

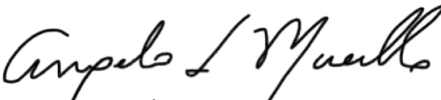
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de marzo de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO PARCIAL


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 038 2020 00485 01
DEMANDANTE: CARLOS ARTURO RODRÍGUEZ BOTERO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho 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

El accionante presentó demanda ordinaria laboral, con el fin que se revoque las Resoluciones SUB 192076 del 09 de septiembre de 2020, mediante la cual, la demandada resuelve negar el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez y la Resolución SUB 218943 del 15 de octubre de 2020 la cual confirma su decisión. En consecuencia, pretende se reconozca y pague la referida prestación, desde el 22 de octubre de 2015, fecha real de la estructuración de la invalidez, conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 860 de 2003; se de aplicación al principio de “*la condición más beneficiosa*”, por reunir los requisitos establecidos en la ley 100 de 1993 en su versión original y en el Decreto 758 de 1990; se reconozcan las mesadas pensionales retroactivas; los intereses moratorios; la indexación; lo ultra y extra *petita* y; las costas del proceso y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el día 9 de septiembre de 1957. Se afilió el 25 de enero de 1988 al Instituto de los

Seguros Sociales, hoy Colpensiones, donde cotizó para los riesgos de I.V.M. más de 946,43 semanas. Cuenta con concepto emitido por Colpensiones, en el cual se califica una pérdida de capacidad laboral del 51.84% de origen común, con fecha de estructuración 11 de octubre de 2019. Aduce que, antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, cotizó más de 150 semanas. El 2 de septiembre de 2020 solicitó la pensión por invalidez, pero le fue negada mediante Resolución SUB 192076 del 09 de septiembre de 2020, bajo el argumento de no contar con 50 semanas de cotización durante los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, decisión contra la cual interpuso recurso de apelación, resuelto por Resolución SUB 218943 del 15 de octubre de 2020, confirmando la negativa. Se agotó la reclamación administrativa¹.

La demandada al responder, se opuso al éxito de las pretensiones. Aceptó la data de nacimiento del actor, la calificación de pérdida de capacidad laboral, la solicitud de la prestación y la negativa de la entidad, quedando agotada la reclamación administrativa. Manifestó que no eran ciertos los hechos restantes. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, no configuración del derecho al pago de intereses ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, 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 el demandante no realizó cotizaciones dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, por lo cual no reúne las 50 semanas exigidas por la Ley 860 de 2003. Asimismo, que de conformidad con el criterio imperante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa tiene una duración determinada en el tiempo, dado su carácter exceptivo y temporal, sin que en el presente asunto, el afiliado cumpla los requisitos necesarios para su aplicación².

¹ 01DemandaOrdinaria//01DemandaOrdinaria

² 05ContestacionColpensiones20210513//Contestación Invalidez. CARLOS ARTURO RODRIGUEZ BOTERO

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de junio de 2022, resolvió absolver a Colpensiones de las pretensiones formuladas en la demanda y, condenar en costas al demandante³.

Como sustento de su decisión, señaló que a pesar de acreditar el demandante una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, en los 3 años anteriores a la estructuración del estado de invalidez no cotizó semana alguna y, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa solo es posible que la Ley 860 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 26 de diciembre de 2006, sin que el estado de invalidez del actor se estructurara en este lapso. Respecto de la fecha de estructuración, de conformidad con la sentencia SU-588 de 2016, en el marco de la capacidad laboral residual, el demandante no hizo cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración de su invalidez; asimismo, no milita en el expediente prueba idónea que permita concluir que el 50% de la pérdida de la capacidad laboral se generó de manera definitiva en el año 2015; anota la posibilidad de controvertir los dictámenes emitidos por las AFP y por las EPS ante las juntas regional y nacional de calificación de invalidez, trámite que no se advierte cumplido por el accionante y; que de la historia clínica aportada, no se puede concluir la afectación en su capacidad laboral, desde octubre de 2015, en un porcentaje igual o superior al 50%.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante presentó recurso de apelación, aduciendo que se debe tener en cuenta la primera incapacidad que se dio el 22 de octubre de 2015, que vendría siendo la fecha real de la estructuración de la invalidez; por lo que se debe dar aplicación a la condición más beneficiosa, que permite aplicar la disposición inmediatamente anterior cuando se dan los requisitos constitucionales para ello.

³ 12AudienciaArt80Grabacion

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, teniendo en cuenta el 22 de octubre de 2015 como real fecha de estructuración de la invalidez y, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

Pensión de invalidez

Se encuentra demostrado que mediante dictamen de 12 de junio de 2020⁴, Colpensiones determinó que el actor padece una pérdida de capacidad laboral del 51.84%, estructurada el 11 de octubre de 2019, de origen común y; a través de Resolución N° SUB 192076 del 9 de septiembre de 2020, le fue negada la prestación al no acreditar 50 semanas en los 3 años anteriores al estado de invalidez⁵; decisión recurrida y confirmada mediante Resolución SUB 208943 del 15 de octubre de 2020⁶.

En materia pensional la norma aplicable a cada caso es la vigente al momento en que se consuman los supuestos fácticos requeridos para el reconocimiento de la prestación. Tratándose de pensión de invalidez, el precepto aplicable será aquel vigente en la fecha de estructuración, momento a partir del cual surge la posibilidad de solicitar el reconocimiento y pago de la prestación (CSJ SL797-2013, 13 nov. 2013, rad. 42648, en la que se reiteró la CSJ SL, 30 abr 2013, rad 45815).

En el presente caso, como quiera que la invalidez del demandante se estructuró el 11 de octubre de 2019, debe aplicarse el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, ya que es la disposición vigente a dicha data, la cual establece como requisitos para obtener la prestación de invalidez, la acreditación del 50% o más de pérdida de la capacidad laboral y 50

⁴ 07ExpedienteAdministrativo20220301// CC-396664//GEN-REQ-IN-2019_13311803-20200717023052

⁵ 07ExpedienteAdministrativo20220301// CC-396664//GRF-AAT-RP-2020_8614385-20200909015437

⁶ 07ExpedienteAdministrativo20220301// CC-396664//GRF-AAT-RP-2020_10097199-20201015093003

semanas cotizadas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Así la cosas, se cumple el primer requisito por cuanto al demandante le fue calificada una PCL del 51.84%, no obstante, no cotizó semana alguna dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez como se verifica del reporte de folios 20 a 28 del expediente administrativo⁷. Por tanto, el actor no acredita los requisitos para acceder a la prestación reclamada al amparo de la norma vigente al momento de la estructuración de la invalidez.

Ahora bien, el demandante afirma que tiene derecho a la pensión de invalidez en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, desde el 22 de octubre de 2015, pues en su decir, así da fe su historia clínica, más aun, cuando desde la misma calenda, se le niega la posibilidad de vincularse al campo laboral, por causa de su estado de incapacidad laboral.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que respecto de las personas que padecen enfermedades congénitas, crónicas, degenerativas o, las ocasionadas por secuelas tardías al diagnóstico, es válido contabilizar las semanas aportadas **con posterioridad** a la fecha de estructuración de la invalidez, siempre que se demuestre que el afiliado continuaba con capacidad para desarrollar un determinado rol o trabajo.

En sentencia CSJ SL3275-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL5023-2021 la Sala de Casación Laboral adoctrinó:

Ahora bien, en aras de evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantizar su sostenibilidad fiscal, es necesario, en cada caso, ponderar varias aristas del asunto a dilucidar, tales como el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, su historia laboral, entre otras, pues precisamente en razón a que el afiliado puede trabajar y, producto de ello, cotizar al sistema durante el tiempo que su condición se lo permita, es necesario corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número

⁷ 07ExpedienteAdministrativo20220301// CC-396664//GJR-NOT-AF-2020_12703398-20201210031239.

importante de ellos resultantes de una actividad laboral efectivamente ejercida.

Es decir, es necesario examinar si las cotizaciones efectuadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual del interesado, y no, que se hicieron con el único fin de defraudar al sistema de seguridad social.

Debe advertirse que **lo anterior no implica que sea válido alterar la fecha de estructuración de invalidez que hayan definido las autoridades médicas competentes, sin razón justificativa alguna o sin medio probatorio que así lo permita.** De lo que se trata, es de llevar a cabo un análisis que incluye el supuesto fáctico que regula la normativa aplicable al asunto, a fin de determinar el momento desde el cual deberá realizarse el conteo de las semanas legalmente exigidas.

En resumen, **se deben analizar las condiciones del solicitante, así como la existencia de una capacidad laboral residual, para de esta manera establecer el punto de partida para realizar el conteo de aportes que imponga la ley.** (Negrillas de la Sala)

Pues bien, en el asunto bajo estudio, la fecha de estructuración de la invalidez corresponde al 11 de octubre de 2019, sin que el demandante haya demostrado por ningún medio que había lugar a modificar esa data, tan es así que ni siquiera se atacó la validez del dictamen, ni fue controvertido en el proceso; pues aunque aseguró que a partir del 22 de octubre de 2015 ocurrió su primera incapacidad, de las pruebas allegadas al proceso, no es posible deducir que en efecto no haya continuado laborando a causa de la enfermedad que padece.

Debe precisarse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha explicado la figura de capacidad laboral residual, para el caso puntual de personas con enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, como la posibilidad de que *“a pesar de fijarse en forma retroactiva la fecha de estructuración de la invalidez, la persona haya conservado sus capacidades funcionales y productivas, al punto de continuar con su vinculación laboral y que haya realizado los correspondientes aportes al Sistema de Seguridad Social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez”* (Sentencia T-604 del 2014).

Lo anterior, no significa otra cosa que, la posibilidad de que pese a haberse determinado una fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, la persona pueda continuar ejerciendo una actividad

laboral de manera posterior, realizando los correspondientes aportes a seguridad social, los que necesariamente deben tenerse como válidos y con los cuales puede alcanzar el reconocimiento de su pensión de invalidez; empero, de manera alguna, puede tenerse de manera contraria.

Nótese, que la capacidad laboral residual, se contempla como la posibilidad de continuar trabajando de manera posterior, en el entendido de que existen enfermedades cuyas consecuencias no dejan a la persona limitada totalmente para mantenerse activa y proveerse sus gastos de manera inmediata; pero no puede entenderse que sea igual de manera retroactiva, en tanto se desconoce si la persona dejó de laborar por otros motivos; es así como la jurisprudencia no establece que la fecha de estructuración se pueda retrotraer a la fecha de la última cotización.

Ha explicado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, Sentencia SL 5023-2021, lo siguiente:

...existen situaciones específicas, como en las enfermedades congénitas o, aquellas calificadas como enfermedades crónicas o degenerativas; o la establecida por esta Sala, ocasionada por secuelas que se manifiesten de manera ulterior al diagnóstico de la enfermedad (CSJ SL4178-2020), que le permiten a la persona mantener su capacidad laboral, y que al actuar como trabajador activo lo obliga a realizar los respectivos aportes para cubrir inclusive los riesgos de invalidez y muerte que ofrece el sistema; cotizaciones éstas que resultan ser plenamente válidas, y con las cuales puede alcanzar el reconocimiento inclusive de una pensión de vejez.

Y es precisamente en el caso puntual de personas con enfermedades congénitas, crónicas, degenerativas o, las ocasionadas por secuelas tardías al diagnóstico de la enfermedad, que la posición mayoritaria de esta Sala, habilita la contabilización de las semanas aportadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez (SL3275-2019).

Así las cosas, tratándose exclusivamente de personas con enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas y, secuelas tardías, **el funcionario judicial debe ponderar varias aristas del asunto a definir, entre otras, el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, su historia laboral, la continuidad de las cotizaciones y la fecha en que se declaró la pérdida permanente de capacidad laboral del 50% o superior por parte de la entidad calificadora habilitada legalmente para tales efectos. Y únicamente a partir de dicho estudio global, debe el funcionario judicial determinar si la fecha de estructuración fijada en el correspondiente dictamen coincide con el momento en que el afiliado perdió la capacidad laboral en el 50% o más, o si, eventualmente a la data en que así se declaró, ello no era viable por cuanto el afiliado continuaba con capacidad para desarrollar un determinado rol o trabajo.** (Negrillas de la Sala).

De conformidad con el anterior aparte jurisprudencial, para modificar la fecha de estructuración de la invalidez, no resulta suficiente con invocar el criterio pacífico respecto de la capacidad laboral residual, pues es necesario evaluar el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, historia laboral, la continuidad de las cotizaciones y la fecha en que se declaró la pérdida permanente de la capacidad laboral, todo de manera conjunta, para llegar a tal conclusión; lo que en criterio de este Tribunal, no basta con afirmar que el demandante tuvo su primera incapacidad el 22 de octubre de 2015, como aduce el recurrente en su recurso.

Nótese que de la historia clínica del demandante se tiene que, en efecto se trata de un paciente con diagnóstico de enfermedad de Parkinson con alteración de los movimientos en miembros superiores y miembro inferior izquierdo en seguimiento por neurología; para el dictamen de PCL se trajeron a colación pruebas como: **i)** Valoración título II, del 03 de junio de 2020, **ii)** con medicina interna el 17 de abril de 2019, **iii)** por Neurología el 11 de octubre de 2019, esta última en la que se indica cuadro de 8 años de evolución, con diagnóstico de enfermedad de Parkinson, que ha sido progresiva.

Así mismo, de la historia clínica se observa que, en efecto en consulta del 22 de octubre de 2015, fue la primera vez que el accionante *“refiere sensación de disminución de fuerza de hemicuerpo izquierdo”* y *“temblor de mano izquierda con situaciones estresantes”*, estableciendo en el diagnóstico: *“Enfermedad Cerebrovascular No Especificada”* (fls.95 a 101); posteriormente, solo el 2 de febrero de 2018, le fue confirmada la enfermedad de Parkinson (fls. 219 a 223)⁸.

De las pruebas allegadas, no encuentra esta Sala la procedencia de modificar la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral del actor y en consecuencia proceder a estudiar la pensión de invalidez reclamada con fundamento en la nueva fecha; pues de sus evaluaciones, se obtiene que con posterioridad al 22 de octubre de 2015, continuaba con ocupación habitual, como *consultor de marketing*, lo que en principio

⁸ GJR-NOT-AF-2020_12703398-20201210031239.

puede entenderse como capacidad para trabajar; sin que exista prueba en el plenario de lo contrario, máxime si se tiene en cuenta que en la valoración del 3 de junio de 2020, refiere que no labora desde el 2016, esto es, de manera posterior a la fecha en que pretende la estructuración de su PCL.

Aunado a lo anterior, cumple precisar que en el caso bajo estudio, no fue objeto de discusión la validez del dictamen médico, sin que se observe que se haya atacado o controvertido en el proceso el dictamen que determinó la pérdida de la capacidad laboral.

De conformidad con las consideraciones expuestas, no podía modificarse la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, siendo válida la plasmada en el dictamen, esto es, el 11 de octubre de 2019 y, en este sentido, al encontrar que la demandante no efectuó cotización alguna en los 3 años anteriores, no hay lugar a reconocer la pensión de invalidez pretendida, como lo encontró el a quo.

De la condición más beneficiosa

Ahora bien, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha atenuado en ciertos casos la rigurosidad del principio de la aplicación de la ley vigente, con el fin de permitir cobrar efectos jurídicos a la norma inmediatamente anterior derogada. También tiene establecido como regla armonizadora de las expectativas legítimas de los afiliados y la no perpetuidad de las leyes derogadas y otros principios, la imposibilidad de los efectos de la llamada «*plusultraactividad*» consistente en una búsqueda histórica de la norma que más favorezca al afiliado (CSJ SL2358-2017 y CSJ SL4342-2018).

Sobre este principio, la referida Corporación advierte que “*es un mecanismo que: (i) busca minimizar la rigurosidad propia del principio de la aplicación general e inmediata de la ley; (ii) protege a un grupo poblacional con expectativa legítima, no con derecho adquirido, que goza de un situación jurídica concreta, cual es, la satisfacción de las semanas mínimas que exige*

la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubre la contingencia de la invalidez; y (iii) al ser excepcional su aplicación necesariamente es restringida y temporal. (CSJ SL 2358-2017).

En el mismo sentido, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria de vieja data ha atemperado que cuando la pérdida de la capacidad laboral se estructura en vigencia de la Ley 860 de 2003, no es viable acudir a la aplicación de los artículos 6º del Acuerdo 049 de 1990, por virtud del principio de la condición más beneficiosa. Particularmente, en sentencia SL8595-2015, adujo:

“Frente a la inconformidad de la censura, no se encuentra que el ad quem haya cometido error alguno en su decisión, por cuanto la mayoría de la Sala ha sostenido de tiempo atrás que la norma que regula la prestación de invalidez es la que se encuentra vigente al momento en que se estructura el estado de invalidez y que, en aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa, se permite dar efectos a la norma inmediatamente anterior, sin que le sea dable al fallador efectuar una búsqueda histórica en las leyes precedentes, a fin de encontrar la más conveniente al caso particular en estudio.

“Bajo este entendido, se ha asentado que los casos de pensión de invalidez que, en principio, están gobernados por la Ley 860 de 2003, por haber ocurrido la estructuración de la invalidez en su vigencia, pueden ser analizados, por mandato del principio de la condición más beneficiosa, a la luz de las exigencias de la Ley 100 de 1993, por ser la normatividad inmediatamente anterior a aquella, para determinar si se cumplen con las mismas, pero que este análisis jurídico no avala, de ninguna manera, que el juez examine la situación fáctica con base en las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990, anteriores a la Ley 100 de 1993, pues un entendimiento en tal sentido desnaturaliza dicho principio constitucional y afecta de manera grave la seguridad jurídica de nuestro ordenamiento jurídico.

Recientemente, en decisión SL1074-2021, puntualizó:

“En consonancia a lo delineado con anterioridad, la Sala tiene definido que normas tales como el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, no pueden aplicarse de forma indefinida bajo el amparo de la condición más beneficiosa, pues tal situación, desconoce el ordenamiento jurídico vigente y permitiría la aplicación retroactiva de la ley, lo que vulnera principios de rango constitucional de la irretroactividad de la ley, debido proceso, legalidad y, seguridad jurídica”

En esa línea de pensamiento el Tribunal de Casación ha acentuado una zona de paso con reglas precisas para lograr la aplicación de la norma anterior a la Ley 860 de 2003, es decir, la Ley 100 de 1993 original (CSJ SL805-2019, SL3422-2019, SL098-2019, SL1537-2019, SL4922-2019,

SL2929-2019, SL3005-2019, SL2916-2019, SL462-2019, SL2471-2019, SL314-2019 y SL3161-2019) que a saber son:

Afiliado que no se encontraba cotizando al momento de expedición de la Ley 860 de 2003	
a)	Que al 29 de enero de 2003 el afiliado no hubiese estado cotizando.
b)	Que el afiliado hubiese aportado 26 semanas entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002.
c)	Que la invalidez se hubiere producido entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.
d)	Que al momento de la invalidez el afiliado no hubiese estado cotizando.
e)	Que el afiliado hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede a la invalidez.

Ahora, en relación con el principio de la condición más beneficiosa, la H. Corte Constitucional a partir de la sentencia SU-556 de 2019 determinó que a quienes su condición de invalidez se hubiere estructurado en vigencia de la Ley 860 de 2003, sólo es razonable aplicar de manera ultractiva las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 en lo que respecta a la exigencia de semanas cotizadas, si están en situación actual de vulnerabilidad y estableció un test de procedencia en los siguientes aspectos:

i) Deb e acre ditar se que	Afiliado que se encontraba cotizando al momento de la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003
	a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado hubiese estado cotizando.
	b) Que el afiliado hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 29 de enero de 2003.
	c) Que la invalidez se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.
	d) Que al momento de la invalidez el afiliado hubiese estado cotizando.
	e) Que el afiliado hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes de la invalidez.

el accionante, además de ser una persona en situación de invalidez,

pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en una situación de riesgo derivada de, entre otras, alguna de las siguientes condiciones: analfabetismo, vejez, pobreza extrema, cabeza de familia, desplazamiento o padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa. **ii)** Debe poder inferirse razonablemente que la carencia del reconocimiento de la pensión de invalidez afecta directamente la satisfacción de las necesidades básicas del accionante, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas, sin que sea suficiente la invalidez para entender superado este requisito. **iii)** Deben valorarse como razonables los argumentos que proponga el accionante para justificar su imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigentes al momento de la estructuración de la invalidez y **vi)** Debe comprobarse una actuación diligente del accionante para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Sobre la postura de la H. Corte Constitucional, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral al analizar la fuerza vinculante del precedente constitucional en relación a una pensión de sobrevivientes de un afiliado que falleció en vigencia de la Ley 797 de 2003 y pretende el reconocimiento en aplicación del Decreto 758 de 1990, en sentencias CSJ SL1938-2020, SL4276-2020, SL2547-2020 y SL1074 de 2021, refirió:

“La Corte Constitucional ha definido el precedente judicial como aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, y que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada al momento de dictar sentencia.

Asimismo, ha precisado que su precedente tiene fuerza vinculante, puesto que no existe duda que la jurisprudencia es una fuente formal del derecho y la hermenéutica que elaboran las autoridades judiciales que poseen la facultad de unificarla y otorgar comprensiones a normas superiores, precisamente contribuye a determinar el alcance de disposiciones jurídicas y a desarrollar principios básicos del Estado Constitucional, como el de seguridad jurídica; además, permite materializar el respeto de los principios de la igualdad, la supremacía de la Carta Política, el debido proceso y la confianza legítima (C-539-2011).

No obstante, también ha diferenciado entre las decisiones derivadas del control abstracto de constitucionalidad, es decir, aquellos fallos que determinan el contenido y alcance de la normativa superior, y el precedente en vigor, esto es, el que deriva de las providencias de acciones de tutela.

El primero tiene una fuerza vinculante especial y obligatoria en razón de sus efectos erga omnes y su desconocimiento significa una trasgresión a las disposiciones de la Constitución Política (C-083-1995, C836-2001, C-335-2008 y C-539-2011); mientras que el segundo, aunque también tiene fuerza vinculante, le permite al juez apartarse de sus postulados siempre que cumpla con el deber de transparencia y argumentación suficiente, en armonía con los derechos y los principios constitucionales; ello, debido a los efectos inter partes que produce la jurisprudencia en estos casos (SU-611-2017).

En este contexto, teniendo en cuenta que los principios constitucionales no son absolutos y que su aplicación debe ser proporcional –a fin de no quebrantar otros bienes jurídicos superiores valiosos para los individuos y la sociedad–, respecto de la sentencia de tutela T-401-2015 que refiere la censura en el cargo, la Sala considera oportuno señalar que la misma tiene efectos inter partes. Y, en todo caso, dicho criterio fue posteriormente modificado a través de la sentencia SU-05-2018, de cuyo contenido esta Sala de Casación de la Corte se aparta, en cumplimiento de los requisitos de transparencia y suficiencia definidos por la Corte Constitucional (C-621-2015 y SU-354-2017), por las razones que expone a continuación (deber de argumentación suficiente):

En esa providencia, dicha autoridad judicial estableció que es posible la aplicación plus ultraactiva de la condición más beneficiosa cuando se cumplan los siguientes requisitos: (i) se trate de un afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones que fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003; (ii) no acredite 50 semanas de aportes en los 3 años anteriores al deceso para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, y (iii) reúne el número mínimo de semanas exigidas en el régimen anterior.

(...)

Pues bien, a juicio de esta Corporación, en la práctica, esa decisión significa la aplicación absoluta e irrestricta del principio de la condición más beneficiosa e impone reglas diferentes a las legales para el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia, las cuales, a su vez, pueden afectar la eficacia de las reformas introducidas al sistema pensional. Asimismo, desconoce los principios de aplicación en el tiempo de la legislación de seguridad social, principalmente los de aplicación general e inmediata y retrospectividad.

Además, de aplicarse cualquier disposición anterior se darían efectos plus ultraactivos a normativas derogadas en una sucesión de tránsitos legislativos, lo que afecta el principio de seguridad jurídica, pues genera incertidumbre sobre la norma aplicable en la medida en que el juez podría hacer un ejercicio histórico para definir la concesión del derecho pensional con aquella que más se ajuste a los intereses del reclamante, en detrimento de los de carácter general, lo cual, a juicio de la Sala, no es posible (CSJ SL1683-2019, CSJ SL1685-2019, CSJ SL2526-2019 y CSJ SL2829-2019).

Por otra parte, debe advertirse que la financiación de todo sistema pensional depende de variables demográficas, fiscales o actuariales que deben ajustarse en diferentes momentos, de modo que las reformas en determinados contextos pueden privilegiar aspectos que antes no contemplaban o, potenciar algunos de ellos, como por ejemplo darle mayor peso a la permanencia en la afiliación para la adquisición de un derecho pensional que a la sola acreditación de un número específico de semanas.

En consecuencia, la introducción de reglas ajenas a las legales puede alterar la estabilidad y las proyecciones financieras sobre las que se ha diseñado el sistema pensional y comprometer la realización de los derechos de las

generaciones futuras. Por este motivo, el reconocimiento de las pensiones debe sujetarse al cumplimiento estricto de cada una de las condiciones exigidas por las leyes para su causación y pago.

En síntesis, es preciso indicar que no se trata de desconocer el principio de la condición más beneficiosa sino de delinear correctamente su campo de aplicación y actualizarlo conceptualmente bajo la égida del modelo constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular, la solidaridad y la garantía de efectividad de los derechos fundamentales sociales.

Por ello, se reitera, esta Corporación ha adoctrinado que, respecto de las exigencias para acceder a la pensión de sobrevivientes, el juez no puede realizar un examen histórico de las leyes anteriores a fin de determinar una aplicable al caso particular.

Al amparo de las anteriores reflexiones, de tiempo atrás esta Colegiatura de manera respetuosa ha acogido el criterio sentado por la H. Corte Suprema de Justicia, por compartir sus fundamentos. En este orden de ideas, con fundamento en la condición más beneficiosa no es viable hacer una búsqueda histórica hasta llegar al Acuerdo 049 de 1990 para conceder el derecho.

Tampoco el demandante cumple con la zona de paso establecida por la H. Corte Suprema de Justicia, pues si bien no estaba cotizando al 29 de enero de 2003, y aportó más 26 semanas entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002, su invalidez se estructuró el 11 de octubre de 2019, es decir, más allá del límite fijado por la Corte del 29 de enero de 2006. Aún menos, cotizó 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la estructuración de la pérdida de capacidad laboral, pues realizó el último aporte para mayo de 2015 (fls.20 a 28º).

De otro lado, no resulta aplicable en este caso el parágrafo 2º del artículo 1º de la ley 860 de 2003, en el sentido que, si el afiliado ha cotizado el 75% de las semanas mínimas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya aportado 25 semanas en los últimos 3 años. Lo anterior, por cuanto el demandante cotizó apenas 946.43 semanas, es decir, el 72.8% de las semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez. De todas maneras, tampoco acredita las 25 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de

⁹ 07ExpedienteAdministrativo20220301// CC-396664//GJR-NOT-AF-2020_12703398-20201210031239.

la invalidez, ya que como se anotó, en ese tiempo no efectuó cotización alguna.

De conformidad con las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia apelada. Sin costas en la instancia ante su no causación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de junio de 2022, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



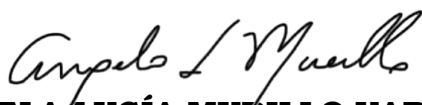
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Radicación n.º 110013105 038 2020 00485 01.

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 039 2020 00206 01.
DEMANDANTE: BERTHA NEREYDA GOMEZ REY
DEMANDADO: ECOPETROL S.A.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 31 de marzo de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió proceso ordinario laboral para que se declare la existencia del contrato individual de trabajo con la demandada, desempeñando el cargo de Profesional de Innovación Tecnológica A, para cumplir con el objeto social de la empresa y; que es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo, vigencia 2009-2014. En consecuencia, se condene a la demandada al reconocimiento de la pensión de que trata el artículo 109, parágrafo primero, de la Convención Colectiva de Trabajo vigencia 2009-2014, desde el 16 de septiembre de 2019, fecha en la cual se presentó la solicitud de pensión a la empresa; la indemnización de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, junto con los intereses moratorios, por el incumplimiento en el reconocimiento de la pensión; las costas y agencias en derecho y; lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 1 de mayo de 1964. Que inició su vida laboral en el Colegio Panamericano mediante contrato laboral desde 03 de febrero de 1986 hasta el 30 de noviembre de

1987 en el cargo de profesora y, para el colegio Agustiniiano desde el 04 de febrero de 1988 al 07 de diciembre de 1988. El 16 de enero de 1989 ingresó a la Empresa Colombiana de Petróleos hoy Ecopetrol S.A, como profesor temporal, con contrato a término fijo, hasta el 01 de diciembre de 1989 y; el 23 de julio de 1990, firma contrato de trabajo a término indefinido, en el cargo de Profesor Grado 12. Manifiesta que el 5 de mayo de 2010, presentó su renuncia al Acuerdo 01 de 1977. El 16 de septiembre de 2019, solicitó a la demandada la pensión de que trata el parágrafo 1º del artículo 109 de la Convención Colectiva de Trabajo Vigente 2009-2014, hoy artículo 106 de la Convención Colectiva de trabajo 2018 -2022; la que le fue negada, presentando objeción, toda vez que Ecopetrol nunca se pronunció respecto al Decreto 876 de 1998, con el cual se modifica el artículo 4º del decreto 807 de 1994. El 29 de noviembre de 2019, presenta ante el Ministerio de Trabajo solicitud de conciliación, la que resultó No Conciliada. El 13 de mayo de 2020, radicó solicitud de aclaración certificación de tiempo laborado, a lo que el 21 de mayo de 2020, Ecopetrol da respuesta y certifica que, sumando su tiempo de servicios a esta Empresa, continuo o discontinuo, a esa fecha cuenta con una antigüedad de 31 años 2 meses 3 días (*fls.1 a 20, 02Demanda¹*).

Al dar contestación, ECOPETROL S.A., rechazó las súplicas. Aceptó la data de nacimiento de la actora, los contratos con la empresa, primero a término fijo como profesor temporal y, posteriormente a término indefinido como profesor grado 12; la renuncia de la actora al Acuerdo 01 de 1977, la solicitud de la pensión convencional, la respuesta negativa y, su objeción; el acta de no conciliación ante el Ministerio y; la solicitud de certificación de tiempos laborados, con su respuesta. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y, buena fe. Argumentó en su defensa que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación consagrada en el artículo 109 de la Convención Colectiva de Trabajo, toda vez que a partir de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 no pueden existir en Colombia pensiones de jubilación voluntarias o convencionales extralegales. con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, a partir del 31 de julio de 2010 desaparecieron todos los regímenes excepcionales, fecha para la cual la

¹ 01DemandaReparto

actora acumulaba un tiempo de servicio 20 años y 46 de edad, es decir, un total de 66 puntos, sin que cumpliera los requisitos mínimos establecidos en el compilado convencional con anterioridad a la pérdida de vigencia del mismo; sin que cumpliera tampoco los requisitos del Decreto Reglamentario 807 de 1994 que contempló la pensión por acumulación de tiempos, pues el tiempo laborado por la señora Bertha Nereyda Gómez a otras entidades, puede acumularse para efectos pensionales en el sistema de seguridad social a que se refiere la Ley 100 de 1993 pero no para pensiones por trabajo exclusivo a Ecopetrol (*02ContestacionDemanda*²).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 31 de marzo de 2022, resolvió declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; absolver a Ecopetrol S.A., de todas las pretensiones incoadas y; condenar en costas a la demandante (*01Audiencia20220331BerthaGomez*³).

En lo fundamental señaló que, de acuerdo al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, al ser pactada la convención para los años 2009-2014, esto es con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, fecha para la cual la accionante contaba con una antigüedad de 20 años, y con la edad de 46 años, lo que sumado arrojaba un total de 66 puntos, por lo que no cumplió con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional reclamando, ya que solo puede ser aplicada para efectos pensionales hasta dicha data. Y, aun si en gracia de discusión, se aceptara que cumple con los 68 puntos requeridos en el parágrafo 1, tal prerrogativa se consagra como facultativa de Ecopetrol, por lo que su concepción ni siquiera podría entenderse automática.

III. RECURSO DE APELACIÓN

² 07ContestacionDemandaEcopetrol20201210

³ 16Audiencia20220331

Inconforme la parte demandante, apeló la decisión, arguyendo que cumple con creces los requisitos de edad y tiempo de servicios requeridos para acceder al derecho de la pensión de jubilación de que trata el parágrafo 1 del artículo 109 de la convención colectiva del trabajo vigencia de 2009-2014, en virtud del artículo 4 por el Decreto 876 de 1998 que modificó el artículo 4 del decreto 807 de 1994. El error en derecho está en que confunde el a quo adquirido el derecho, obligando a la trabajadora a cumplir el requisito de edad cuando la jurisprudencia y la doctrina han establecido que la edad no es requisito; teniendo en cuenta que acredita 22 años de servicio continuos o discontinuos, 20 para Ecopetrol y 2 cotizados al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones y, 46 años de edad, para un total de 68 puntos, cumpliendo con el precedente jurisprudencial de los derechos adquiridos al 31 de julio de 2010.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si a la actora le asiste derecho para el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, establecida en el artículo 109, parágrafo 1, de la convención colectiva vigente 2009-2014.

Para dilucidar lo anterior, se encuentra al margen de la discusión que: **i)** la demandante prestó servicios a Ecopetrol mediante contrato a término fijo, del 16 de enero de 1989 al 01 de diciembre de 1989, como profesor temporal, **ii)** el 23 de julio de 1990, fue vinculada mediante contrato a término indefinido, en el cargo de Profesor Grado 12, y su contrato estaba vigente para el 31 de julio de 2010; **iii)** el 5 de mayo de 2010, presentó su renuncia al Acuerdo 01 de 1977, acogéndose a la Convención Colectiva vigente para esa data. Tales hechos fueron aceptados por la demandada al contestar el libelo introductorio, además de corroborarse con los contratos de trabajo suscritos⁴, así como la renuncia al Acuerdo del 5 de mayo de 2010⁵.

⁴ Fl. 25 a 26 y 27 a 29, 02Demanda

⁵ Fls. 30 y 31, ibidem

Así mismo, no se discute que Bertha Nereyda Gómez Rey, nació el 1º de mayo de 1964, por lo que cumplió 50 años de edad el mismo día y mes del año 2014 (copia de la cédula de ciudadanía⁶).

ij) De la pensión de jubilación convencional

Pretende la demandante la pensión de jubilación contemplada en el artículo 109, parágrafo 1 de la convención colectiva 2009-2014, que establece:

Artículo 109.- La Empresa continuará reconociendo la pensión legal vitalicia de jubilación o de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, a los trabajadores que habiendo llegado a la edad de cincuenta (50) años, le hayan prestado servicios por veinte (20) años o más, a continuos o discontinuos, en cualquier tiempo, de conformidad con el Decreto 807 de 1994. Con todo, la Empresa reconocerá la pensión plena a quienes habiendo prestado servicios por más de veinte (20) años, reúnan setenta (70) puntos en un sistema en el cual cada año de servicio a Ecopetrol S.A. equivale a un (1) punto y cada año de edad equivale a otro punto. Esta pensión de jubilación se reconocerá a solicitud del trabajador o por decisión de la Empresa.

Parágrafo 1. No obstante lo anterior, cuando la empresa lo determine, ésta podrá conceder la pensión de jubilación a aquellas trabajadoras que habiéndole prestado servicio a la Empresa por más de veinte (20) años, reúnan sesenta y ocho (68) puntos de acuerdo con el sistema anterior.

Pues bien, de conformidad con el parágrafo 2º del acto legislativo 1 de 2005, a partir de su vigencia, *“no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones”*. De esta forma, la Constitución Política limitó a las partes, en el contrato de trabajo, y en la negociación colectiva, la autonomía de la que gozaban para regular las condiciones o requisitos de acceso al derecho pensional. La palabra *“condición”* incluida en el texto referido, se debe entender en el sentido técnico jurídico que expresa como el hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento de un derecho (artículo 1536 del C.C).

⁶ Fl. 22, ídem.

Sin embargo, la enmienda constitucional estableció el respeto por los derechos adquiridos. Por ello, quienes cumplieron los requisitos dispuestos en las reglas extralegales para causar la pensión antes del acto legislativo, conservan sin duda alguna el derecho a que dicha pensión se defina o cause a la edad acordada en las normas extralegales con el tiempo servido o cotizado que dichas normas definían, y en el valor que por aplicación de tales normas se obtuviera.

Sobre el alcance de la vigencia de las condiciones pensionales estipuladas en convenciones colectivas de trabajo a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005, ha explicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL3635-2020, que:

En conclusión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rectifica parcialmente su criterio sentado en las sentencias precitadas y, en su lugar, precisa que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto son las siguientes:

- a) En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.
- b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 *ibidem*, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.
- c) Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.

En el asunto que ahora ocupa la atención del Tribunal, el convenio colectivo sobre el que se fundan las pretensiones de la demandante, fue suscrita con posterioridad a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, razón por la cual, sus efectos en materia pensional no podían extenderse más allá del 31 de julio de 2010.

En lo que interesa a este proceso, frente a dicha cláusula convencional que contempla la pensión extralegal que se pudiera causar, en reiterada jurisprudencia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que la causación del derecho a la pensión, se da con el tiempo de servicios prestados y el cumplimiento de la edad, para cumplir el sistema de puntos, dado que acorde con la redacción de este preciso texto convencional, la edad no es simplemente un requisito de exigibilidad, sino un verdadero presupuesto de causación del derecho. Así lo refirió en sentencias CSJ SL1260-2020, SL4008-2021 y SL3637-2022.

En esa línea de pensamiento, se advierte que la accionante prestó sus servicios a Ecopetrol S.A. desde el 16 de enero de 1989 al 1º de diciembre de 1989, por 10 meses, 15 días y, desde el 23 de julio de 1990; esto es, para el 31 de julio de 2010, contaba con 20 años 10 meses y 22 días; no obstante, para esa data, solo contaba con 46 años de edad, alcanzando únicamente, 66 puntos, acorde con la norma convencional. En consecuencia, la promotora del juicio, no causó el derecho a la pensión antes de que perdiera vigencia.

Importa precisar que, no pueden tenerse en cuenta los tiempos en que la demandante prestó sus servicios a otros empleadores, antes de su ingreso a Ecopetrol S.A., como lo pretende, para el reconocimiento de la prestación convencional, en aplicación del Decreto 807 de 1994, derogado por el Decreto 876 de 1998, para la acumulación de cómputo del tiempo de servicio a efectos de completar los 68 puntos que requiere el parágrafo 1 del artículo 109 convencional, pues de la lectura del precepto en cita, se concluye fácilmente que el sistema de puntos correspondiente a un punto por año de servicio, necesariamente debe ser por el tiempo prestado directamente con Ecopetrol S.A., sin que en manera alguna se haya contemplado para este cómputo, la acumulación de tiempos servidos o cotizados a otras empresas. Aunado a que, como quedó visto, en ningún caso logró alcanzar el requisito de la edad antes del 31 de julio de 2010.

Bajo las anteriores consideraciones, habrá de confirmarse la decisión 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 31 de marzo de 2022 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



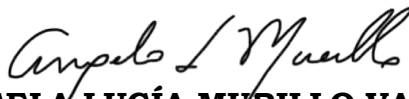
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 001 2019 01168 01
DEMANDANTE: ADRIANA MARIA RODRIGUEZ PINILLA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandadas, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de junio de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a la AFP anular la afiliación y que realice el respectivo traslado a Colpensiones de la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional y cualquier otra suma que sobre aportes se hubiera generado hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado, y a su vez Colpensiones se sirva de adelantar el trámite para la activación de la afiliación; asimismo, se condene a lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que inició su vida laboral el 13 de septiembre de 1998, empezó a realizar aportes a pensión en el ISS, para el año 1994 se vinculó laboralmente con la entidad financiera Ahorramas, afirma que el empleador le hizo firmar el formulario para

cambiarse de fondo de pensiones, y que este correspondía a la AFP Horizonte de la cual no recibió información en cuanto a las condiciones y beneficios que ofrecía el cambio de régimen, previo al traslado el ISS tampoco brindó información al respecto, nunca recibió asesoría clara y precisa, las ventajas y desventajas relacionado con su pensión, sea por vejez, invalidez o sobreviviente. Resalta que la publicidad recibida fue respecto a que el ISS se iba a acabar y que con los fondos privados se podría pensionar antes y con una mesada alta; sin embargo, no obtuvo información respecto al monto que debía tener ahorrado para alcanzar su pensión. En septiembre de 1995 ingresó a trabajar en la Registraduría Nacional del Estado Civil, posterior a ello se fusionó la AFP Horizonte con Porvenir S.A., la cual tampoco brindó información y nunca se le informó para que ella pudiera tomar la decisión de continuar o no con la entidad. Afirma que sus aportes eran superiores a los 3 salarios mínimos. Al cumplir los 51 años acudió ante la AFP Porvenir a fin de recibir información frente a su pensión y tener la proyección de su mesada pensional, debido a eso se percata que la expectativa de su mesada es una suma alrededor de 2 salarios mínimos. El 16 de octubre de 2019, presentó reclamación administrativa ante Colpensiones la cual dio respuesta desfavorable, de igual manera radicó ante porvenir S.A el día 18 de octubre de 2019 petición en la cual solicitó toda la información desde la fecha en que fue trasladada y demás documentos acordes a ello (expediente digitalizado, archivo 01, fls. 4 a 30).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda. Admitió la fecha de inicio de la vida laboral, sus aportes al ISS y la petición elevada y su respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: Inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la afiliación de la demandante al RAIS, se realizó con plena voluntad de la cotizante, suscribiendo los formularios para efectuarlo, voluntad que se vio ratificada con los más de 20 años que ha realizado cotizaciones al RAIS; 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. A su vez afirma que las proyecciones pensionales no son pruebas útiles para demostrar un eventual vicio en el consentimiento. Aduce que no es dable alegar la ignorancia como excusa y; que sobre la afiliada también recaía su deber de información (expediente digitalizado, archivo 01 fls. 106 a 126).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la firma del formulario de la AFP Horizonte, la cesión por fusión con Porvenir S.A, que los aportes obligatorios fueron trasladados íntegramente, y la petición presentada por la actora. Manifestó no ser ciertos o no constarle 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; 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; es necesario tener en cuenta que no hay ninguna norma legal que consagre la ineficacia del acto de traslado de régimen de pensiones en el evento en que exista una deficiencia en la información que se le dio a la afiliada antes de que tomara la decisión de desplazarse de régimen pensional (expediente digital, archivo 02 fls.1 a 38).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 14 de junio de 2023 (expediente digital, archivo 11), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante señora ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ PINILLA identificada con la C.C. No. 40.384.085, a través del fondo administrado por la sociedad demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en precedencia

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado Pensional de la demandante señora ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ PINILLA identificada con la C.C. No. 40.384.085 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONESCOLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante señora ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ PINILLA identificada con la C.C. No. 40.384.085 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 con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la aquí demandante estuvo afiliada 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 del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas conforme a la parte motiva de la decisión.

SEXTO: Sin costas para las partes en la presente instancia.

Como sustento de su decisión, señaló que el fondo privado Porvenir omitió el deber de información a la demandante quien, de haber sido enterada de las desventajas a futuro de su cambio pensional, no tendría que verse en la penosa necesidad de acudir a los estrados judiciales en procura de evitar el perjuicio irremediable que indefectiblemente se genera para esta, situación que debe ser enmendada por el principio de favorabilidad.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La parte demandante manifiesta su inconformidad respecto a la negativa de condenar en costas a las demandadas, dado que al presentar la demanda ello implicó una serie de actuaciones administrativas y gastos como son los honorarios, asesorías, transportes y traslados a la ciudad de Bogotá.

Colpensiones reprocha que la demandada no puede ser exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión de cambio de régimen pensional, conforme al decreto 2241 de 2010, a su vez que esta no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, siendo negligente frente a este aspecto, dado que contaba con mecanismos legales para dejar sin efecto la afiliación; a su vez afirma que se debe tener en cuenta a sostenibilidad financiera del sistema pensional y el principio Constitucional contemplado en el artículo 48, por consiguiente debe primar el interés general sobre el interés particular, dado que la ineficacia afectaría de manera directa el patrimonio público y vulnerando principios como solidaridad, equidad, sostenibilidad financiera.

La AFP Porvenir S.A. arguye que las sumas correspondientes a los gastos de administración, tienen una destinación específica por mandato legal, la cuál fue plenamente cumplida, dado que fueron invertidas conforme a lo que dicta la ley y no se encuentran en poder de la demandada, y que todos los gastos que implicaron la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual de la demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad, fueron reconocidos a la accionante; las sumas correspondientes al pago del seguro provisional, no deben ser trasladadas de régimen, dado que la AFP cumplió con la finalidad de proporcionar el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte. Respecto a la indexación, con la actualización de la moneda, se estaría generando doble condena por el mismo concepto.

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 13 de septiembre de 1988 (expediente digitalizado, archivo 01 fls. 46 a 47); migró al RAIS, a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 30 de junio de 1994 (expediente digital, archivo 02, fl. 39)

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en 1988 comenzó en el ISS, pero en 1994 se trasladó a Horizonte, hoy Porvenir, la motiva a volver a Colpensiones al ver amigos y familiares que obtuvieron su pensión y que en el fondo privado se presentaban esas desventajas, dado que es más baja. Manifiesta que no se trasladó antes porque no recibió ningún tipo de asesoría u orientación específica de parte del fondo. Afirma que no solicitó asesoría alguna del Seguro Social, que por intermedio de la gerencia de Ahorra más, hicieron una reunión y les hablaron de los fondos privados; estaba joven para aquel entonces, fue hablar, pasar el formulario y aceptar, dado que no mostraron otro camino. Ha recibido extractos de su pensión, pero en ningún momento la contactaron para decirle o comentarle de la fusión de Horizonte con Porvenir.

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.

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 afiliada la accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus

propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se 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).

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

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

traslado, se les ordenó, a una trasladar y, a la otra recibir, todos los recursos e imputarlos a la historia laboral de la demandante. En este sentido, se revocará la decisión de primer grado en cuanto absolvió de la condena en costas, para en su lugar ordenar su imposición en primera instancia, las cuales deberán ser tasadas por el Juzgado.

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 tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 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: REVOCAR el numeral sexto de la decisión revisada, para en su lugar ordenar costas de primera instancia a cargo de las demandadas.

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
001 2019 01168 01



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 00049 01
DEMANDANTE: ALEJANDRO TOVAR MARROQUÍN.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto 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 Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de julio de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad, o en subsidio la ineficacia e inoperancia de los efectos, del traslado del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a través de Protección S.A., el 1º de febrero de 1999. En consecuencia, se ordené a la AFP, a restituir los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones y bonos pensionales, con los rendimientos causados, a Colpensiones y; a esta última, a recibirlo como afiliado, junto con los valores obtenidos y a contabilizar las semanas cotizadas. Así mismo, se condene a las demandadas al pago de las costas procesales y a lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 20 de febrero de 1958. Ingresó al Ejército Nacional de Colombia, como soldado regular en febrero de 1977 y retirado en abril de 1979; se vinculó al mercado laboral

el 11 de septiembre de 1991, fecha a partir de la cual estuvo afiliado al régimen de prima media a través del ISS, hoy Colpensiones. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Protección S.A desde el 01 de febrero de 1999. Aduce que no fue asesorado o informado por el fondo, de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de este Régimen, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, que debía tener en cuenta al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen de pensiones. Al cumplir 62 años de edad, la AFP le realizó proyección de su mesada, informándole que no alcanzaría el salario mínimo y debía seguir cotizando; por lo que solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, el cual fue negado en razón a su edad. Remitió solicitud escrita del traslado pensional a las demandadas, sin obtener respuesta (*expediente digital, archivo 05, fls.4 a 28*).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante, su traslado al RAIS 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 del demandante al RAIS, se realizó con plena voluntad, suscribiendo los formularios para efectuarlo, voluntad que se vio ratificada por más de 31 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 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 el afiliado también recaía su deber de información (*expediente digital, archivo 11 fls.3 a 25*).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del demandante, el traslado a esta AFP, y la petición de traslado. 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, 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 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 ejerció la facultad de regresar al RPM (*expediente digital, archivo 12 fls.2 a 22*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 11 de julio de 2023 (archivo 19), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del demandante señor ALEJANDRO TOVAR MARROQUÍN, identificado con la C.C. N° 91.208.050, a través del fondo administrado por la sociedad demandada PROTECCIÓN S.A, conforme a lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada Colpensiones autorizar el traslado Pensional del demandante señor ALEJANDRO TOVAR MARROQUÍN, identificado con la C.C. No 91.208.050, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a Protección S.A. trasladar con destino a Colpensiones los aportes efectuados por el demandante señor ALEJANDRO TOVAR MARROQUÍN, identificado con la C.C. No 91.208.050, 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, valores en este caso utilizados en seguros previsionales debidamente indexados conforme 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 el accionante; conforme todo lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada 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 del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: DECLARAR no probadas todas las excepciones formuladas por las partes demandadas conforme a lo expuesto en precedencia.

SEXTO: Sin costas para ninguna de las partes en la primera instancia judicial.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP omitió el deber de información con el aquí demandante, quien de haber sido informado de las desventajas del cambio de régimen pensional no tendría que verse en la necesidad de acudir a los estrados judiciales en procura de evitar un perjuicio irremediable.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones, aduce que el demandante no puede estar exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, de acuerdo con el Decreto 2241 del 2010, que expresamente establece las obligaciones de los afiliados al sistema general de pensiones, sin que se encuentre disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos y, teniendo en cuenta que de su elección dependería su futuro pensional, es decir, fue negligente frente a este aspecto, siendo que, tampoco hizo uso de los mecanismos de retracto o la rescisión. Igualmente, aduce que, con la declaración de ineficacia del traslado, se están vulnerando los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social en pensiones.

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 11 de septiembre de 1991 al 31 de enero de 1999 (*expediente digital, archivo 01, fl.83 y 84*), migró al RAIS, a través de la AFP Protección S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación el 10 de diciembre de 1998 (*expediente digital, archivo 12, fl.41*).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que, en la empresa en la cual laboraba en 1999, Organización Cárdenas, les hicieron una reunión en la que, en su decir, lo hicieron pasar a Protección a base de mentiras, pues les dijeron que era beneficio para ellos, pero cuando llegaron a la reunión, unas señoritas, con regalos y otras cosas, ya tenían las hojas listas hechas, para que solo tuvieran que firmar; que les explicaron que era mejor y tenía mejor rentabilidad, que era lo que más les convenía; aduce que le dijeron que en Protección tenía la oportunidad de salir pensionado en menos tiempo, con menos semanas y con más ganancias, pues tendría una rentabilidad de un 150%. Sin embargo, ahora al verificar, se encuentra con que era mentira, pues no tendrá una pensión vitalicia, no será mayor de un mínimo y no es heredable para su esposa. Quiere retornar a Colpensiones porque en Protección no se le garantiza la

pensión, y que cuando quiso retornar, ya no podía. No tiene pensión reconocida.

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.

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, 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).

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

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

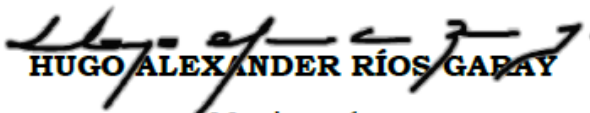
PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de julio de 2023, en el sentido de indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: 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



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 00160 01
DEMANDANTE: ANYUL PATRICIA MOLINA CORTES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto 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 Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 julio de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez prevista en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, junto con los intereses moratorios, la indexación y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que laboró al servicio de varias empresas privadas que cotizaron al Instituto de Seguros Sociales 1.382.43 semanas. En forma alterna, laboró y cotizó con el Magisterio Oficial Colombiano. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución N.º 5909 del 26 de junio de 2018, le reconoció pensión por invalidez de origen laboral por los aportes efectuados a esa entidad como docente oficial. Refirió que solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la que fue negada por la entidad mediante Acto Administrativo SUB 309386 del 27 de noviembre de 2018; decisión contra la que interpuso recurso de apelación,

pero fue confirmada la negativa mediante Resolución DIR 22028 de 24 de diciembre de 2018 (fls.5 a 12/05. Subsanción demanda).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las peticiones. Admitió la vinculación de la demandante al ISS a través de varios empleadores y el número de semanas cotizadas, la pensión por invalidez reconocida por el Magisterio, la solicitud de pensión de vejez elevada por la actora, la negativa de la entidad, el recurso interpuesto y, la resolución que confirmó la decisión inicial. Manifestó no constarle la vinculación alterna con el Magisterio. Planteó las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, las demás declarables de oficio. En su defensa argumentó que no es procedente reconocer la prestación solicitada, pues todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS deben ser utilizados para financiar la pensión que actualmente disfruta, además porque en aplicación del artículo 128 de la Constitución Política prohíbe que una persona perciba más de un ingreso proveniente del erario (fls.3 a 19/08. Contestación de demanda de Colpensiones).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 julio de 2022 (fl.18), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la señora ANYUL PATRICIA MOLINA CORTES la pensión de vejez de que trata el Art. 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el Art. 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del 12 de agosto de 2018, en cuantía inicial de \$1.065.799; junto con 13 mesadas pensionales al año.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la señora ANYUL PATRICIA MOLINA CORTES un retroactivo pensional a partir del 12 de agosto de 2018, hasta la fecha efectiva de inclusión de nómina de pensionados, retroactivo que deberá ser cancelado teniendo en cuenta la mesada inicial fijada, esto es. \$1.065.799.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el retroactivo anteriormente condenado a partir del 16 de diciembre de 2018, hasta el día en que se haga efectivo su pago.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte accionada COLPENSIONES dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTESE con el Superior.

En sustento de su decisión, indicó que la prestación reclamada es compatible con la pensión que la accionante disfruta y le fue reconocida en razón al tiempo de servicio prestado exclusivo al Magisterio, pues las cotizaciones realizadas al Instituto de Seguros Sociales con las cuales se financiará la pensión no hacen parte del erario y por tanto no se incurre en la prohibición prevista en el artículo 128 de la Constitución Política.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones apeló lo resuelto, arguyendo que la demandante es beneficiaria de una pensión de invalidez reconocida por el Magisterio, la que resulta incompatible con las súplicas de la demanda, pues en los términos del artículo 128 de La constitución política nadie puede recibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala definir si la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos previstos en la Ley 797 de 2003, por tiempos cotizados en el ISS a través de

empleadores privados o si es incompatible con la pensión por invalidez que actualmente percibe.

Es verdad probada que: **(i)** la demandante es beneficiaria de una pensión vitalicia por invalidez reconocida por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución n.º 5909 del 26 de junio de 2018, a partir del 25 de junio de esa anualidad, en cuantía inicial de \$1'768.850 (fls.29 a 31); **(ii)** Colpensiones mediante Resolución SUB 309386 de 27 de noviembre de 2018 (fls.15 a 19), confirmada por Acto Administrativo DIR 22028 de 24 de diciembre de 2018 (fls.21 a 25), negó la pensión de vejez.¹

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

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

En el asunto de marras, el reconocimiento de la pensión de vejez se solicita con base en las cotizaciones realizadas directamente ante Colpensiones desde el 24 de febrero de 1984 al 31 de diciembre de 2015,

¹ 09. Expediente administrativo Colpensiones//GJR-NOT-AF-2021_4713461-20210423045233.

dado las vinculaciones con personas jurídicas privadas que ascienden a 1.382.43 semanas de conformidad con historia laboral aportada por la encartada, actualizada al 27 de abril de 2021², las cuales de conformidad con el contenido de la Resolución N.º 5909 de 26 de junio de 2018, no fueron tenidas en cuenta para reconocer la pensión de invalidez otorgada por Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud del tiempo de servicios prestados como docente nacionalizado.

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

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

² 09. Expediente administrativo Colpensiones//GRP-SCH-HL-66554443332211_1971-20210427101001

Bajo este panorama es dable concluir que, la pensión por invalidez percibida por la promotora del juicio, es compatible con la prestación implorada en este proceso.

Pensión de vejez.

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 de edad 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 1º de enero de 2006 ascenderá en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

En ese orden de ideas, una vez, realizadas las validaciones correspondientes, se determina que la accionante nació el 12 de agosto de 1961, por lo que alcanzó los 57 años de edad el 12 de agosto de 2018³ y a lo largo de su vida laboral acredita más de 1.300 semanas cotizadas⁴, por lo que tiene derecho a acceder a la pensión de vejez en los términos previstos en la ley de seguridad social.

Los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, disponen 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. Por ello, se ha estimado que la regla general es que la desvinculación del sistema es un requisito necesario para el inicio del pago de la pensión, sin embargo, 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 conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL756-2018, SL 5306-2016 CSJ SL4611-2015).

³ 09. Expediente administrativo Colpensiones//GEN-DDI-AF-2016_6641887-20160616052435

⁴ 09. Expediente administrativo Colpensiones//GRP-SCH-HL-66554443332211_1971-20210427101001

En el presente asunto, la demandante realizó su último aporte para diciembre de 2015, como trabajador independiente, reportando para esa data su retiro del sistema (*GRP-SCH-HL-66554443332211_1971-20210427101001*), por lo que el disfrute de la pensión se dará a partir del 12 de agosto de 2018, como acertadamente concluyó la juez de conocimiento.

Para determinar el monto de la pensión la Sala da aplicación a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Efectuadas las operaciones correspondientes, se establece que el ingreso base de liquidación de conformidad con los salarios cotizados por la actora en toda la vida laboral asciende a \$1'844.502,68, el cual resulta más favorable que con base en los últimos 10 años, que es de \$1'636.703,82; ante el cual se le aplica una tasa de remplazo del 65.32%, como quiera que la promotora alcanzó a cotizar 1.382 semanas, lo que arroja una mesada inicial para el año 2018 de \$1'204.829,15; es decir, una cifra superior a la determinada por la *a quo*, que lo fue de \$1'065.799, empero la decisión no será modificada como quiera que Colpensiones fue recurrente única y la consulta se surte en su favor.

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.

De acuerdo con lo anterior, se causan intereses moratorios a cargo de la obligada al pago de la pensión cuando se ha tardado en la solución de la mesada, o en el otorgamiento de la prestación. Para el caso de la pensión de vejez, la entidad cuenta con 4 meses para resolver, según el parágrafo 1 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, contados a partir de la radicación de la solicitud, con la documentación que acredite el derecho.

Así las cosas, toda vez que el 15 de agosto de 2018, día en que la accionante solicitó la pensión de vejez, acreditaba los requisitos de edad y semanas, hay lugar a imponer los mentados intereses, a partir del vencimiento de los 4 meses, esto es, en el mes de diciembre siguiente, como acertadamente lo concluyó la a quo.

Prescripción

Estima la Sala que en el presente asunto no ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción, dado que no han transcurrido más de los 3 años establecidos en los artículos 151 del Código de Procedimiento Laboral y 488 del Código Sustantivo del Trabajo, contados desde que el derecho se hizo exigible. En efecto, la accionante alcanzó la edad para causar el derecho el 12 de agosto de 2018, reclamó ante Colpensiones el 15 de agosto de 2018 (GEN-RES-CO-2018_9998728-20180816021149), la entidad contestó negativamente y de forma definitiva mediante Resolución DIR 22028 del 24 de diciembre de 2018 (GRF-AAT-RP-2018_15790714-20181224120010) e, interpuso la demanda el 28 de febrero de 2019 (fl.34 01. Expediente físico), esto es dentro del término trienal previsto en las normas sustantivas y procesales del trabajo.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta, 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 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 julio de 2022.

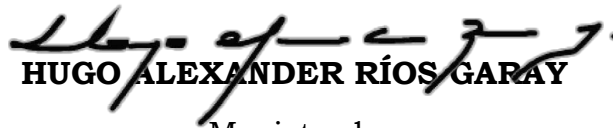
Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

002 2019 00160 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 003 2022 00415 01
DEMANDANTE: LUZ MARY VELÁSQUEZ ACOSTA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de junio 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 por traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada a través de la AFP Porvenir S.A. el 26 de julio de 2001. En consecuencia, se ordené a la AFP Porvenir S.A. a trasladar la totalidad del capital de la cuenta individual de la actora, con los rendimientos indexados, fruto e intereses, los valores correspondientes a gastos de administración, como aportes o semanas de cotización, así como la diferencia entre aportes, a Colpensiones y, a ésta última, a aceptarlos y computarlos como semanas efectivamente cotizadas al régimen de prima media. Asimismo, se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Igualmente, se condene a las demandadas a las costas y agencias de derecho y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 22 de septiembre de 1964. Se afilió al sistema general de pensiones ISS, realizando su primer aporte el 21 de diciembre de 1986. Se trasladó al RAIS, a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., mediante formulario de afiliación del 26 de julio de 2001, efectuando su primer aporte para el mes de septiembre de 2001. Aduce que al momento del traslado no recibió información suficiente, comprensible y transparente acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, riesgos y consecuencias del traslado. A la fecha de traslado de régimen había cotizado 205 semanas de aportes al entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones. El 2 de junio de 2022, solicitó a Colpensiones la ineficacia de traslado y el reconocimiento de la pensión de vejez conforme lo establecido en la Ley 797 de 2003, obteniendo respuesta negativa (*exp. digitalizado, archivo 01, fls.3 a 7*).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS, el traslado al RAIS, cotizando a partir de septiembre de 2001 y, la petición elevada con su respectiva respuesta. 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, 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 (*exp. digital, archivo 03, fls.2 a 17*).

Por su parte, la AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la accionante y, la primera cotización en el RAIS. 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; y que durante su vinculación como afiliada de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (*expediente digital, archivo 04 fls.2 a 28*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 26 de junio de 2023 (*archivo 11*), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la demandante e Luz Mary Velásquez Acosta del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por BBVA HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A, realizado el 26 de julio de 2001, así como el traslado horizontal que se dio como consecuencia de la cesión por fusión entre fondos realizado el 1º de enero de 2014, para entender vinculada a la demandante, en forma válida al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Porvenir S. A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, en caso de encontrarse redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá devolver a Colpensiones todos los descuentos que realizó a la demandante durante el tiempo de su permanencia en ese fondo, por concepto de por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones aceptar y recibir el traslado de los dineros que efectúe Porvenir S. A., para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se

hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas.

CUARTO: ORDENAR a la administradora de pensiones que, una vez reciba los dineros por parte de PORVENIR S.A, dentro de los 4 meses siguientes proceda a realizar el estudio del derecho pensional de la Accionante para establecer si hay lugar o no al reconocimiento de la pensión de vejez.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta por ambas demandadas, al igual que la excepción propuesta por la Demandada COLPENSIONES, denominada principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema conforme a lo considerado en la parte motiva.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las demandadas, las que se tasan en la suma de \$2.000.000 a cargo de cada una.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la demandada Colpensiones, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS.

Como sustento de su decisión, señaló que las demandadas no lograron demostrar que, en el momento del traslado de un régimen a otro, a la accionante se le hubiese brindado información objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, sin que la voluntad de permanencia en el RAIS desvirtúe el incumplimiento del deber de información; debiendo declararse la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones, recurrió la sentencia, pues estima que sería totalmente de fuera de lugar cualquier tipo de condena en su contra, toda vez que la entidad únicamente se ha atendido al mandato legal contenido; igualmente que se pudo constatar que la demandante en ningún momento fue obligada a abandonar el Seguro Social o a trasladarse a un fondo privado específico y, únicamente mostró su ánimo tardío de retorno al régimen de prima media, más de 20 años después, cuando quizá la mesada ofertada no estaba a la altura de sus expectativas.

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 a la afiliada 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 de la afiliada y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación a la afiliada 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 la afiliada es o no beneficiaria 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 desde el 21 de diciembre de 1986 hasta el 31 de agosto de 2001 (*expediente digital, archivo 03, fl.72*); fecha a partir de la cual, migró al RAIS, a través de la AFP BBVA Horizonte, hoy Porvenir S.A., a través de la suscripción de formulario de afiliación del 26 de julio de 2001 (*expediente digital, archivo 04, fl.29*).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que, entró a trabajar en la Alcaldía en febrero del año 1999; que siempre quiso estar con Colpensiones, pero luego, más o menos para el año 2002, en el cambio de periodo, fueron llamados un grupo inmenso de la oficina de Desarrollo Empresarial, a Recursos Humanos y les dijeron que teníamos que firmar unos documentos que para el traslado; afirma que no fue muy claro, les dijeron que era una filial o algo parecido, que les iba a dar una rentabilidad mejor, a estar más asegurados, pero realmente no les explicaron de qué se trataban los pormenores y, que después pasaría un asesor por las oficinas a explicarles bien, pero nunca pasó. No le explicaron ventajas y desventajas.

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 BBVA Horizonte, hoy Porvenir S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado (CSJ SL 4360 -2019).

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

Por tanto, la AFP 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 confirmará en esta parte, pero se adicionará en el sentido de ordenar 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 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, aceptar y recibir el traslado de los dineros que efectúe Porvenir S.A., así como activar la afiliación de la demandante como si nunca se hubiese traslado del Régimen de Prima Media, actualizar la información de la historia laboral en semanas cotizadas y, una vez recibidos los dineros, realizar el estudio del derecho pensional de vejez de la accionante.

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

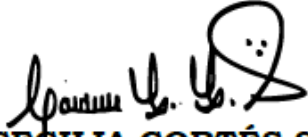
PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de junio de 2023, en el sentido de indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

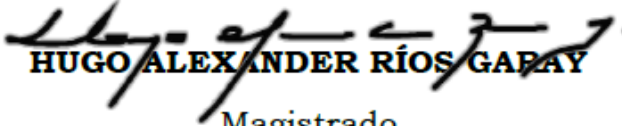
SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo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

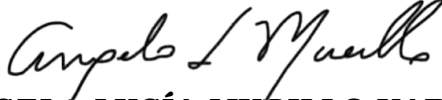
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

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



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 005 2020 00242 01
DEMANDANTE: DANNY ORLANDO NARANJO LASSO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de febrero de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a través de la AFP Protección S.A. y, su retorno al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordené a la AFP Protección S.A. la devolución de todos los dineros recibidos, como cotizaciones y bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración o, cualquier otro que se hubiere generado; asimismo, en caso de haberse otorgado la pensión por parte del fondo, a continuar pagándola hasta que se efectúe el traslado. Igualmente, se condene a las demandadas al pago de costas procesales y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 2 de noviembre de 1984. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Protección S.A., desde febrero de 2002. Afirma que en el momento del traslado, el asesor de la AFP se limitó a llenar un formato preestablecido para la afiliación, sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios, consecuencias negativas, e implicaciones sobre los derechos pensionales; no le entregó proyecciones ni comparativos del valor de su pensión en cada régimen, ni la tabla de mortalidad de rentistas que se utilizaría; no le informó características propias para alcanzar la prestación, como edad y capital, bono pensional, forma y aspectos para su liquidación; derecho de retracto y; en conclusión, no le entregó información objetivamente verificable que le permitiera tomar la decisión de traslado. Aduce que, los fondos privados en aras de que las personas se afiliaran al RAIS, publicitaron información que faltaba a la verdad. Solicitó a las demandadas la anulación de traslado, obteniendo respuestas negativas (*expediente digital, archivo 002, fls. 1 a 35*).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación del demandante al ISS, la solicitud de anulación del traslado y, su respuesta negativa; manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. 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 y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el accionante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a las AFP Protección; que 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; 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 (*expediente digital, archivo 009*).

La AFP Protección S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó el traslado del actor al RAIS, la petición de nulidad y su respuesta negativa. De los demás dijo no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación del demandante al fondo de pensiones se efectuó de manera libre y voluntaria, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; que se brindó una asesoría completa y comprensible al demandante al momento de realizar su afiliación, conforme a la normatividad de la época, sin que exista error de hecho en el consentimiento (*expediente digital, archivo 007 fls.1 a 24*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 10 de febrero de 2023 (*archivo 30*), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, realizado por el señor Danny Orlando Naranjo Lasso a través de Santander Pensiones Y Cesantías S.A. hoy Protección S.A.

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

TERCERO: COSTAS únicamente a cargo de Protección S.A. Inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro (4) S.M.M.L.V.

CUARTO: En caso que este fallo no fuere apelado, consúltese con el Superior a favor de Colpensiones.

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones, recurrió la sentencia, aduciendo que se debe trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los gastos de administración, teniendo en cuenta que si las cosas deben volver a retornar a su origen, no sería procedente que dichos gastos se queden en los fondos privados; resultando viable la orden al Fondo privado de reintegrar a Colpensiones, con cargo a sus propios recursos, los valores utilizados en los seguros previsionales y cuotas de garantía de pensión mínima, sumas todas que deben de pagarse debidamente indexadas y, en este sentido, solicita se modifique la condena.

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 02 de noviembre de 1984 a septiembre de 2001 (*expediente administrativo, archivo 002, fl.47*); fecha a partir de la cual, migró al RAIS, a través de la AFP Santander, hoy Protección S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación el 24 de septiembre de 2001 (*expediente digital, archivo 007, fl.83*).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que, fue contratado como docente universitario en la Universidad Antonio Nariño en el año 2001, segundo semestre, y para llenar los requisitos del contrato se le direccionó a la oficina de Recursos Humanos, en donde le entregaron los documentos que debía diligenciar, dentro de los que estaba un formulario de Santander y se le dio la instrucción de que lo firmara, como parte de la documentación para la afiliación a pensiones, lo diligenció como un tema netamente de documentación que se debía allegar. Quien le entregó ese formulario fue la funcionaria de la universidad, más nadie se identificó como representante de la AFP. Nunca tuvo contacto con nadie de la AFP. Sabe que pasó a ING porque recibió los extractos y, a Protección, porque le llegó una notificación al correo, pero nunca tuvo acompañamiento ni fue contactado por ningún asesor. Se acercó aproximadamente en el 2019 fue a una oficina de Protección, donde le hicieron una proyección donde le dijeron que su mesada sería de

\$1'800.000, lo que motivó esta demanda pues considera que con ese monto se afectaría su calidad de vida y la de su familia.

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

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

En consecuencia, resulta evidente que Protección 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 Protección 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 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.

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

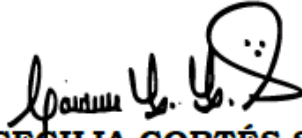
PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de febrero de 2023, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Protección S.A., a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta 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; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia 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*.

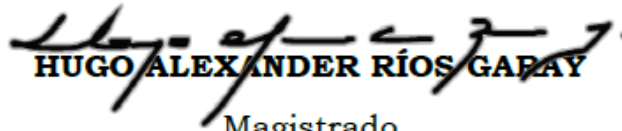
CUARTO: Sin **COSTAS** en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 010 2020 00041 01
DEMANDANTE: MARIA CLARA ORTIZ KARAM
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto 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 Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 07 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 efectuado a través de la AFP Colmena S.A hoy Protección el 12 de abril de 1994, conforme a ello se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tenerla entre sus afiliados como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático. En consecuencia, se condene en costas y agencias de derecho a las demandadas y lo extra y *ultra petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 05 de octubre de 1960 y cumplirá 62 años de edad el 01 de febrero de 2023. Se trasladó al régimen de prima media con prestación definida al Fondo Privado de Pensiones Colmena S.A hoy protección S.A, el día 12 de abril de 1994. Señala que el asesor comercial de la AFP no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaba

tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como en el del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en especial no se realizó un estudio de su situación particular, sino que se le ilustró únicamente sobre las ventajas que podría obtener al cambiarse de Régimen Pensional. A su vez la AFP le realizó una simulación pensional dentro del plan de vida cotizando el 100% del tiempo, arrojando como resultado el valor de su mesada pensional mensual la suma de \$1.630.477, realizando simulación en el Régimen de Prima media con Prestación Definida obtendría mesada pensional equivalente a la suma de \$6.243.013,41. Afirma que, sumadas las semanas cotizadas y proyectadas desde el 17 de mayo de 1989 hasta el 30 de enero de 2023, arrojó un total de 1303 semanas cotizadas. Respecto al agotamiento de la reclamación administrativa, presentó derecho de petición ante Colpensiones el día 25 de octubre de 2019 a lo cual la entidad respondió de manera negativa. (expediente administrativo, archivo¹, fls. 3 a 9).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento, su traslado del RPM a Colmena S.A hoy Protección S.A, la petición elevada y su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y las innominadas o genéricas. Argumentó que la afiliación de la demandante al RAIS, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, recibiendo asesoría de manera clara y precisa, frente a los efectos que conllevaba el traslado de regímenes, por lo cual no existe ningún vicio del consentimiento, de igual manera se debe tener en cuenta la buena fe en su actuar, también que no es viable imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado y que la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada de manera genérica, también resaltó el principio de sostenibilidad financiera como derecho fundamental, y ante una eventual declaratoria de nulidad o eficacia del traslado solicitó la devolución de la totalidad de los recursos y

¹ GJR-NOT.AF.2020_11222910-20201104054419

sumas correspondientes, debidamente indexadas (expediente digital, archivo 10 fls. 3 a 13).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la data de nacimiento de la accionante, la afiliación a esta AFP. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a 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 y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, la innominada o genérica y las innominadas o genéricas. En su defensa expuso que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, conforme de evidencia en el formulario de afiliación mediante el cual manifestó su voluntad, se 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 hizo ejercicio de la facultad de regresar al RPM y la variación del monto de pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, de igual manera se resalta que la acción pretendida se encuentra prescrita, y el desconocimiento de la ley no es excusa de su cumplimiento. (expediente digital, archivo 09 fls. 03 a 25).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 07 de junio de 2023 (expediente digital, archivo 29), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante, María Clara Ortiz Karam, C.C. 51.602.871, realizado en el año 1994 del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS administrado, en su momento, por COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR que la demandante MARÍA CLARA ORTIZ KARAM ha estado afiliada al régimen solidario de prima media con prestación definida sin solución de continuidad desde su elección inicial, conforme a lo considerado.

TERCERO: DECLARAR no probados los medios exceptivos formulados por los apoderados judiciales de las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones y Protección S.A.

CUARTO: CONDENAR a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, todas las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, María Clara Ortiz Karam, 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, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos, 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 la Administradora de Fondo de Pensiones Protección S.A. traslade los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral de la 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 Protección S.A. y en favor de la demandante, fijando como agencias en derecho de la suma de equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente; exonerando de costas a Colpensiones.

SÉPTIMO: en el evento en que esta decisión no sea apelada consúltese con el Tribunal Superior- Sala Laboral- del Distrito Judicial de Bogotá, en lo desfavorable a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado a la afiliada en el momento del traslado al RAIS, la debida información faltando al deber legal y jurisprudencial frente a la misma.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones afirma que el traslado no incurrió en ninguna prohibición legal que lo impidiera, a su vez que han transcurrido más de 24 años, configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, de igual manera la accionante no mostró interés alguno frente a informarse sobre el régimen.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde 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 17 de mayo de 1989 al 1º de junio de 1994 (Expediente Administrativo²); migró al RAIS, a través de la AFP Colmena S.A, hoy Protección S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 12 de abril de 1994 (expediente digital, carpeta 09, fl. 34).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en 1994 estaba trabajando con la Fundación Social en la ciudad de Ibagué, donde les dijeron que tenían una visita de Colmena para informarles sobre la posible afiliación a su fondo, la información que brindaron fue general, donde se notificó que el Seguro Social iba a desaparecer y lo más conveniente era pasarse al fondo privado. Afirma que ella sabía que estaba filiada al Instituto de Seguros Sociales por ley, pero no tenía mayor conocimiento sobre ello. De igual manera expresa que ella confió en Colmena, y que ellos reconocían el tiempo que llevaban cotizando, recuerda que les comunicaron tener mejores condiciones y rendimientos y les brindaban garantía de pensión haciendo alusión a que podían pensionarse en cualquier momento y que era el único fondo y esa era la opción que tenían, asumió que era un fondo serio y que lo importante era seguir cotizando, no estaba pensando para ese momento en pensionarse dado que tenía 33 años y sentía que le faltaba mucho tiempo, afirmó no saber cuánto tiempo debía tener para pensionarse, ni ampliación de la información frente a los rendimientos que mencionó, a su vez tampoco les

² Archivo: GRP-SCH-HL-66554443332211_1864-20201106084853

informaron de los beneficios, en el formulario comenta que la asesora le solicitó la información de su familia, y no le pareció anormal ello, dado que siempre se preguntaba si tenía hijos o familia. No contó con otro asesoramiento salvo cuando cumplió los 57 años que le avisaron las semanas y la fecha en que estaba próxima a pensionarse, sin embargo, no tuvo conocimiento frente a que podía realizar aportes voluntarios, hasta el año 2013 que un amigo le comentó que podía hacerlos, pero nunca por Protección, y que la fundación donde trabajaba le colaboró para realizar y hacer los descuentos de nómina. Afirmar que no recibió información adecuada de las condiciones del sistema y de las diferentes modalidades de pensión, tampoco frente al derecho de retracto. Afirmar que cuando se enteró de Colpensiones había cumplido el tiempo de traslado, cuando ya había cumplido la edad y existía prohibición legal.

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

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). 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.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

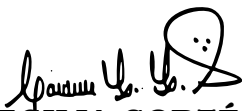
PRIMERO: MODIFICAR el numeral CUARTO de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 07 de junio de 2023, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Protección S.A., a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual 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: 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



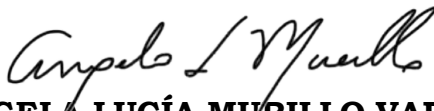
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 011 2019 00109 01
DEMANDANTE: GLADYS MURILLO JARAMILLO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de abril de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió el reconocimiento de la pensión de invalidez por origen común, desde la fecha de estructuración, 28 de febrero de 1997; las mesadas atrasadas; intereses moratorios y; las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 12 de noviembre de 1945. Se afilió al ISS el 1° de julio de 1974, como empleada; teniendo para el 1° de abril de 1994 un total de 568.7 semanas. El 28 de febrero de 1997, fue calificada por el ISS con una pérdida laboral del 51%, con fecha de estructuración de esa data, por patologías de: artrodesis de cadera derecha en 1980, secuela de artritis séptica en la infancia desde 1992, insuficiencia circulatoria en miembros inferiores, actualmente ulceraciones en miembros inferiores. Marcha antálgica, lenta, anquilosis de cadera, acortamiento de 3 cm en miembro inferior derechos, úlceras en tobillo y antepies, várices GIII miembro inferior, edema GII; patologías que no se curan, se controlan. Aduce que, para la fecha de estructuración de la

invalidez, no estaba activa al sistema de pensiones y, solo había cotizado 4.29 semanas en el año inmediatamente anterior.

Solicitó el reconocimiento de la prestación, la cual fue negada por Resolución 007663 de 26 de octubre de 2002, bajo el argumento de no cumplir los requisitos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Mediante Resolución 7035 de 23 de julio de 2004, el ISS le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por lo que cobró la suma de \$2'815.528; decisión contra la que interpuso los recursos de reposición, en subsidio de apelación y que, al resolverse el segundo, se le incrementó el valor de la indemnización. Manifiesta que solicitó la revocatoria de la negativa de la pensión de vejez y, que le fue negada esa prestación en dos ocasiones.

El 17 de noviembre de 2015, Colpensiones calificó su pérdida laboral en 30.95%, con fecha de estructuración de 16 de octubre de 1981, en el que solo se califica la artrosis de cadera derecho, sin explicar las posteriores patologías. El 25 de febrero de 2016 solicitó nuevamente la pensión de invalidez, la cual fue negada por haber recibido la indemnización sustitutiva (fls.3 a 11¹).

Al dar contestación Colpensiones, se opuso al éxito de las pretensiones. Aceptó la data de nacimiento de la actora, su afiliación al ISS, las calificaciones de pérdida de la capacidad laboral del 28 de febrero de 1997 y del 17 de noviembre de 2015, el porcentaje, fecha de estructuración y patologías, correspondientes; que no estaba activa al sistema de pensiones para la primera calenda, las semanas aportadas en el año anterior; las solicitudes de la prestación, las negativas de la entidad; el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, los recursos, incremento y cobro de ese valor y; las negativas de la pensión de vejez y, su solicitud de revocatoria. Manifestó no constarle o no ser situaciones fácticas los restantes.

Formuló las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste

¹ 001. CUADERNO PRINCIPAL 2019 00109 GLADYS MURILLO JARAMILLOCONTRA COLPENSIONES

alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios no indemnización moratoria, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, carencia de causa para demandar y, las demás declarables de oficio. En defensa de sus intereses argumentó que la demandante presenta una pérdida de la capacidad laboral inferior a los rangos legales, no teniendo la calidad de inválida; que le fue reconocida una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, que resulta incompatible con la pensión de invalidez y; que de acuerdo a la fecha de estructuración, tampoco cumple los requisitos para la prestación exigidas por la Ley 860 de 2003, sin que se pueda dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa para estudiarla con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 (fl.62 a 76²).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de abril de 2022 (archivo 008³), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a favor de la ciudadana GLADYS MURILLO JARAMILLO a partir de 30 de abril del año 2000 en cuantía inicial de un salario mínimo legal mensual vigente para cada una de las fechas incrementadas anualmente de conformidad con lo señalado en el IPC en catorce mesadas pensionales de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de cada una de las mesadas pensionales anteriores al 25 de febrero del año 2013 en consecuencia la entidad demandada deberá sufragar a la demandante un retroactivo correspondiente a \$ 95.649.426 suma a la cual se autoriza restarle los conceptos por \$ 2.815.528 y \$ 127.079 que fueron sufragados como indemnización sustitutiva de pensión de invalidez, asimismo se autoriza a la entidad demandada hacer los descuentos por los conceptos de cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud.

TERCERO: DECLARAR NO probadas las demás excepciones presentadas por la parte demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: SIN costas en esta instancia.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: CONSULTAR esta decisión con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

² 001. CUADERNO PRINCIPAL 2019 00109 GLADYS MURILLO JARAMILLO CONTRA COLPENSIONES

³ 008. AUDIENCIA 22.04.2022 11001-31-05-01-2019-001019-00-20220422_121917-Grabación de la reunión

PENSIONES COLPENSIONES, y de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal esbozados en la parte motiva de esta sentencia.

Como sustento de su decisión, señaló que al ser la enfermedad que padece la demandante, crónica y degenerativa, de conformidad con la jurisprudencia, debe tenerse como fecha para determinar el requisito, el de la última cotización, esto es, para el 30 de abril de 2000 y, en este sentido, encontró que cumple con los requisitos exigidos por la ley y desarrollados jurisprudencialmente, toda vez que cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 51% y 50 semanas de cotización dentro de los 3 últimos años anteriores a la fecha de su última cotización.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión, las partes presentaron recurso de apelación.

La parte demandante solicita que se reconozca la prestación desde la fecha en que se declaró el estado de invalidez, esto es, 28 de febrero de 1997, toda vez que, al existir dos calificaciones, es insostenible hablar de la prescripción, pues estaba en imposibilidad de presentar la demanda y alegar su estado ante las dificultades que había sobre la certeza del dictamen. Asimismo, peticiona la condena en costas a la demandada, bajo el argumento que la demandante, en virtud de la condición más beneficiosa, tiene derecho a que se le aplique el régimen inmediatamente anterior a la fecha de estructuración, en este caso, el decreto 758 de 1990, que le permite la pensión por ostentar más de 300 semanas al 1º de abril de 1994.

Por su parte, Colpensiones reprocha el reconocimiento de la pensión de invalidez a la demandante, aduciendo que no se cumple con el requisito de haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración, como tampoco los requisitos de la condición más beneficiosa. Igualmente, que al haberse concedido la indemnización sustitutiva a la pensión de vejez, esta resulta incompatible con la pensión de invalidez. Finalmente, arguye que no se interrumpió el término de

prescripción, por lo cual, en caso de confirmarse la decisión de primera instancia, solo puede ser reconocida a partir del 11 de febrero de 2016.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala dilucidar si la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

i) Pensión de invalidez

Se encuentra demostrado que mediante dictamen de 28 de febrero de 1997 (fl.30), el Instituto de Seguros Sociales determinó que la actora padece una pérdida de capacidad laboral del 51%, estructurada el 28 de febrero de 1997, de origen común; a través de Resolución N° 06895 del 24 de agosto de 1997, el ISS le negó la pensión de invalidez por no acreditar 26 semanas en el año anterior a la estructuración de la invalidez⁴. El 17 de noviembre de 2015, Colpensiones calificó la pérdida de capacidad laboral de la actora en un porcentaje de 30.94%, con fecha de estructuración del 16 de octubre de 1981 (fls.131 a 133).

Para definir, el juzgado decretó dictamen de la junta regional de calificación de invalidez, del 5 de mayo de 2021, que confirma la pérdida de capacidad laboral de la demandante, de origen común, en un total de 51.21%, con fecha de estructuración 28 de febrero de 1997 (fls.150 a 158).

Pues bien, en materia pensional la norma aplicable a cada caso es la vigente al momento en que se consuman los supuestos fácticos requeridos

⁴ Carpeta CC-29221896 EXP// GEN-RES-CO-2017_10363419-20171004043305

para el reconocimiento de la prestación. Tratándose de pensión de invalidez, el precepto aplicable será aquel vigente en la fecha de estructuración, momento a partir del cual surge la posibilidad de solicitar el reconocimiento y pago de la prestación (CSJ SL797-2013, 13 nov. 2013, rad. 42648, en la que se reiteró la CSJ SL, 30 abr 2013, rad 45815).

En el presente caso, como quiera que la invalidez de la demandante se estructuró el 28 de febrero de 1997, debe aplicarse el artículo 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, en su texto original, ya que es la disposición vigente a dicha data, la cual establece como requisitos para obtener la prestación de invalidez, la acreditación del 50% o más de pérdida de la capacidad laboral y, alguno de los siguientes requisitos: a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez o, b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

Así la cosas, se cumple el primer requisito por cuanto a la demandante le fue calificada una PCL del 51.21%, no obstante, había dejado de cotizar para la data de estructuración de la invalidez y, solo cotizó 4.29 semanas dentro del año inmediatamente anterior, como se verifica del reporte obrante en la carpeta 003. *CD FOLIO 73, subcarpeta CC-29221896 HIS*. Por tanto, la actora no acredita los requisitos para acceder a la prestación reclamada al amparo de la norma vigente al momento de la estructuración de la invalidez.

No obstante, afirma la accionante que tiene derecho a la pensión de invalidez en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia propone que se atenúe, en ciertos casos, la rigurosidad del principio de la aplicación de la ley vigente, pero lo hace sólo para que se le permita cobrar efectos jurídicos a la norma inmediatamente anterior derogada, mediante la aplicación del principio de la condición más beneficiosa (SL2358 - 2017). El cual, en ningún caso, permite debido a los efectos de la llamada

«*plusultraactividad*» hacer una búsqueda histórica hasta llegar a la norma que más favorezca al afiliado (SL4342-2018 y SL1000-2020).

En el asunto de marras, la invalidez se estructuró el 28 de febrero de 1997, esto es, en vigencia de la Ley 100 de 1993, versión original. En consecuencia, la accionante tiene derecho, bajo ciertas circunstancias a que se le aplique el número y densidad de semanas exigidas por el artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año que dispone:

Artículo 6º Requisitos de la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

(...) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.

Bajo estos parámetros, se tiene que la demandante cotizó 639,89 semanas con anterioridad a la fecha de estructuración de su invalidez, de las cuales, 567,43, lo fueron con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 (carpeta 003. *CD FOLIO 73, subcarpeta CC-29221896 HIS*).

Ahora bien, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que la pérdida de capacidad laboral en este evento debe estructurarse dentro de los seis años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, hasta el 31 de marzo de 2000.

Así en sentencia CSJ SL060-2021 reiterada en sentencia CSJ SL 1657- 2022 consideró:

Asimismo, la Sala ha establecido un límite temporal en el cual se verifique el riesgo, en atención al principio según el cual es de la esencia de la condición más beneficiosa, que no sea indefinida, es decir, esté acotada en el tiempo. Por tanto, precisó que para la viabilidad de la prestación periódica de invalidez, en aplicación del principio de condición más beneficiosa con ocasión del tránsito legislativo entre los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales y la Ley 100 de 1993, el riesgo debe verificarse en los 6 años posteriores a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, esto es, hasta el 31 de marzo de 2000.

Bajo esta línea de pensamiento, a la promotora del juicio le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez en aplicación del principio referido, dado que, como quedó visto, la pérdida de capacidad se estructuró el 28 de febrero de 1997, esto es, dentro de los 6 años posteriores, desde la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones. En consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia recurrida, pero por las razones aquí expuestas, debiendo modificarse únicamente en la fecha de su reconocimiento.

ii) Reconocimiento de indemnización sustitutiva

En el asunto que nos ocupa, a la accionante le fue reconocida indemnización sustitutiva de la pensión de vejez mediante Resolución n.º 007035 del 23 de julio de 2004, por lo que la entidad recurrente aduce que esta resulta incompatible con la pensión de invalidez.

Al respecto, ha sido clara la jurisprudencia constitucional, en indicar que el reconocimiento de la indemnización sustitutiva no elimina el derecho a la pensión, pues en ocasiones las mismas Administradoras de Fondos de Pensiones inducen a error al afiliado, pasando a recibir la devolución de sus aportes, cuando en realidad sí tenía las cotizaciones necesarias para acceder a la prestación pensional, por lo cual tienen derecho a la pensión de invalidez y, a que lo recibido, se tome como un anticipo de las mesadas retroactivas. Así, la Corte Constitucional en sentencia T-596 de 2016, indicó:

“Ahora bien, en relación con la incompatibilidad que establece el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001 entre las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, y las pensiones que cubren dichos riesgos, cabe señalar que esta Corporación, en su jurisprudencia, ha considerado que dicho precepto no constituye un impedimento para que los fondos de pensiones estudien nuevamente el derecho de un afiliado, al que le fue reconocida una indemnización sustitutiva, de percibir una pensión que cubra de manera más amplia las mencionadas contingencias, pues sucede que hay casos en que se demuestra que desde el primer acto que resolvió la solicitud pensional la persona interesada tenía el derecho a la pensión, y sin embargo, no se le reconoció ya sea porque le exigieron un requisito inconstitucional o porque se le aplicó equivocadamente una norma sustantiva. En consecuencia, la incompatibilidad de los beneficios pensionales no es una barrera para evaluar nuevamente los casos, ni efectuar un reconocimiento pensional, sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones

simultáneamente, cuando una de ellas se otorga con apego a las normas legales y a la Constitución.

Dicha doctrina constitucional se fundamenta en el carácter irrenunciable e imprescriptible del derecho a la seguridad social (art. 48 CP), en el sentido de que el reconocimiento de una indemnización sustitutiva no puede significar la renuncia a percibir una pensión a la cual se tenía derecho desde el principio. El derecho a determinada prestación nace cuando una persona cumple los presupuestos legales vigentes al momento de causarse el mismo, y ese derecho es irrenunciable. El afiliado puede abstenerse de reclamar el pago efectivo de las mesadas, e inclusive puede aceptar otra prestación sustituta, pero no despojarse de la titularidad del derecho, ni de la facultad de reclamar en el futuro el pago periódico de su prestación.

La irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social se refuerza en la dimensión de derecho fundamental que adopta cuando, por ejemplo, está orientada a garantizar el mínimo vital de personas en situación de debilidad manifiesta, que dependen, en gran medida, de un ingreso regular para satisfacer las necesidades más básicas de vida, como la alimentación, el vestido y la vivienda. En estos casos el derecho a la seguridad social adquiere dimensiones de derecho fundamental, y la garantía de irrenunciabilidad se hace un tanto más importante, precisamente porque se constituye en un presupuesto para el goce efectivo de otros bienes superiores, como la vida y la dignidad humana.

De otra parte, cabe precisar que un eventual reconocimiento de la pensión de invalidez o de vejez a un afiliado que ha recibido una indemnización sustitutiva por alguna de las dos contingencias no afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues existen mecanismos para que pueda deducirse de las mesadas lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva, y así asegurar que los aportes del asegurado financien solamente una prestación. De esta forma, se cumple con el objetivo del mandato de incompatibilidad de las prestaciones y con el respeto a los derechos adquiridos y el carácter irrenunciable de la seguridad social. En diferentes oportunidades, la Corte ha utilizado este mecanismo para armonizar los postulados descritos, autorizando a la demandada, por ejemplo, a que descuenta lo pagado por indemnización sustitutiva de las mesadas pensionales, sin que se afecte el derecho al mínimo vital.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, señaló:

“La Sala ha asentado la tesis según la cual la indemnización sustitutiva es una prestación provisional, cuya recepción no impide reclamar judicialmente que se dilucide si lo que procedía era ese reconocimiento o en su lugar la prestación vitalicia de vejez; sin embargo se ha de entender que esta postura hace referencia a cuando se analiza la situación del afiliado respecto a la densidad de cotizaciones para el momento en el que se hizo la solicitud de reconocimiento de los derechos a la administradora de pensiones.”

De conformidad con lo anterior, no resulta viable negar la pensión por invalidez a la actora por haber recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

iii) Prescripción

Frente a este tópico, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha explicado en lo referente a la forma como se debe dar aplicación al fenómeno extintivo de la prescripción frente a las mesadas pensionales de la pensión de invalidez, que el término de prescripción en materia de pensión de invalidez corre a partir del momento en que se hace exigible, esto es, desde la notificación del dictamen emitido por la autoridad competente que determine tal estado de afectación (Sentencia SL5703-2015, radicado No. 53600 del 06 de mayo de 2015).

En este orden de ideas, en el asunto que hoy ocupa la atención de la Sala, la fecha para comenzar a contabilizar el término trienal, no es otra que en la cual el dictamen de pérdida de capacidad laboral fue notificado, esto es el 28 de febrero de 1997, sin que se interpusieran recursos en contra del mismo y por tanto, el mismo quedó en firme y ejecutoriado y; como quiera que la reclamación administrativa fue inicialmente presentada el 23 de abril de esa anualidad, interrumpiendo por una sola vez el fenómeno prescriptivo, negada por Resolución 006895 del 23 de agosto de 1997, contaba desde ahí el término trienal para demandar. Y, toda vez que la demanda fue presentada el 7 de febrero de 2019 (*fl.57⁵*), 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, se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 7 de febrero de 2016. En este entendido se modificará la decisión del a quo.

iv) Costas

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a la demandada 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 se declaró el derecho pensional de la actora a su cargo, con sus consecuentes reconocimientos económicos. En este sentido, se

⁵ 001. CUADERNO PRINCIPAL 2019 00109 GLADYS MURILLO JARAMILLOCONTRA COLPENSIONES

revocará la decisión de primer grado en cuanto absolvió de la condena en costas, para en su lugar ordenar su imposición en primera instancia, las cuales deberán ser tasadas por el Juzgado.

No se causan costas en el grado jurisdiccional ni en la instancia. Las de primera estarán a cargo de la demandada.

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 el 22 de abril de 2022, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de indicar que la pensión de la demandante debe ser reconocida a partir del 28 de febrero de 1997, por lo aquí expuesto.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia recurrida, el que quedará del siguiente tenor: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 7 de febrero de 2016. Se autoriza a la entidad demandada a descontar sobre el retroactivo correspondiente, los conceptos por \$ 2.815.528 y \$ 127.079 que fueron sufragados como indemnización sustitutiva de pensión de invalidez; asimismo a efectuar los descuentos por concepto de cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud.

TERCERO: COSTAS de primera instancia a cargo de la demandada. No se causan en este grado de jurisdicción, ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

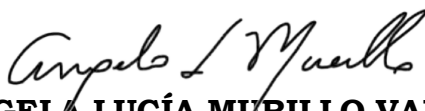
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

SALVO VOTO PARCIAL



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 012 2019 00819 01
DEMANDANTE: ZORAIDA OSPINA RIVERA
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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir, contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de junio de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la nulidad total de la solicitud de vinculación realizada a la AFP Porvenir S.A, por medio de la cuál se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir del 24 de abril de 2003. En consecuencia, se condene a la AFP a realizar la devolución de todas las sumas de dinero que hubiere recibido por la afiliación de la demandante, aportes, bonos, frutos e intereses, sin descontar los dineros cancelados o que se llegaren a cancelar por concepto de mesadas pensionales. Asimismo, se condene al pago de costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 06 de diciembre de 1962. Estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación

definida entre el día 08 de junio de 1984 y el 06 de mayo de 1997, cotizando un total de 600.14 semanas. Se trasladó al régimen de ahorro individual el 06 de mayo de 1997, suscribiendo solicitud de vinculación y traslado. Aduce que, al realizar el traslado de régimen, no recibió información suficiente, que le permitiera conocer las diferencias entre los dos regímenes pensionales, las consecuencias jurídicas, con el fin de comprender los beneficios y desventajas. El 14 de diciembre de 2017, presentó derecho de petición a fin de que se le expidiera copia de los documentos relacionados con la información. El 31 de julio de 2018, se dirigió a las oficinas de atención al público en busca de asesoría pre-pensional, en la que se le indicó que disponía de un saldo de \$120.839.110 pesos, y que ello daba lugar a una mesada pensional de \$781.242. El 6 de noviembre de 2018, agotó la reclamación administrativa. (expediente digital, documento 001 fls.1 a 23).

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 de ineficacia de traslado, su respuesta y el agotamiento de la reclamación administrativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló las excepciones de mérito que denominó: Prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y, las declarables de oficio. Argumentó que la accionante efectuó el traslado en el derecho a la libre escogencia del Régimen Pensional, por lo cual es válido conforme a las exigencias legales y normativas vigentes para la época; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad, a su vez que se debe analizar en cada caso específico si se cumplió o no por parte de la AFP con sus obligaciones legales y su omisión. El acto de traslado puede generar nulidad, pero existen unos que pueden sanearse bien sea por el paso del tiempo o por actos positivos de convalidación del afiliado. Finalmente, la accionante no es beneficiaria del régimen de transición. (expediente digital, archivo 019¹).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación a este fondo

¹ CD 3 A folio 73 contestación Colpensiones, archivo 012 2019 00819.

en la fecha referida. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que todas sus actuaciones están precedidas por la buena fe y la legalidad, por ello, el demandante se afilió de manera libre y voluntaria, 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; la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, sin que el desconocimiento de la ley sirva de excusa. En cuanto al término de prescripción de la nulidad relativa, goza de 4 años para iniciar la respectiva acción y ese plazo ya fue superado (expediente digital, archivo 009², fls. 03 a 19).

Por su parte, La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la solicitud presentada con 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, 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 y, que

² 009. CD 5 Folio 81 contestación protección.

la AFP actuó conforme a la buena fe objetiva (expediente digital, archivo³ fls. 01 a 21).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de junio de 2022 (expediente digital, archivo 015⁴), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la señora ZORAIDA OSPINA RIVERA identificada con C.C No 51.682.141 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por DAVIVIR – ING- HOY PROTECCIÓN, el 6 de mayo de 1997, conforme a lo considerado en esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora ZORAIDA OSPINA RIVERA al régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ZORAIDA OSPINA RIVERA tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada a esta, debidamente indexados.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegren PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora ZORAIDA OSPINA RIVERA al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia labora.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES y en favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 para cada una.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.

Como sustento de su decisión, señaló que Davivir ING hoy AFP Protección no demostró que brindó información, sin que el hecho de firmar

³ 018 CD2 A folio 71 contestación porvenir.

⁴ 015. CD 6 A FOLIO 103 - 11001310501220190081900_L110013105012CSJVirtual_01_20220711_090000_V 07_11_2022 03_33 PM UTC FL 1

el formulario, de por cierto que las circunstancias hayan sido de su conocimiento.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y Porvenir, recurrieron la sentencia.

Colpensiones manifestó que, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de retornar al régimen de prima media, conforme a lo estipulado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Se logró demostrar dentro del proceso que no es una afiliada que no conozca las implicaciones que trae el trasladarse a un fondo privado de pensiones, situación que imposibilita a recibirla como afiliada en el régimen de prima media con prestación definida. Por otra parte, la AFP siempre actuó bajo buena fe, por lo cual no es procedente la condena en costas, en aras de la sostenibilidad financiera del sistema.

Porvenir S.A, afirma que a pesar del precedente jurisprudencial, la Corte también ha señalado que se deben estudiar esas particularidades completas, se debe tener en cuenta que se realizó un traslado horizontal y a través de unos asesores se le brindaron elementos de juicio suficientes para que ella de manera voluntaria aceptara trasladarse a la administradora conforme a los términos vigentes para la época, por lo cuál no puede exigir algo que no se había materializado para aquel entonces, máxime, cuando por medio de este traslado se está ratificando la voluntariedad y vocación de permanencia en este régimen pensional, por lo cuál el traslado resulta ser eficaz y válido. Finalmente, la demandante no podría verse beneficiada de los rendimientos del régimen.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde 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 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 seguro social, hoy Colpensiones, del 08 de junio de 1984 al 30 de junio de 1997 (Expediente digital⁵); migró al RAIS, a través de la AFP Davivir -ING hoy Protección S.A, mediante la suscripción de formulario de vinculación el 06 de mayo de 1997 (expediente digital, carpeta 009⁶, fl.20); y posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Porvenir S.A, a partir del 24 de abril de 2003 (expediente digital, archivo018⁷, fl.75)

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que, en la actualidad no se encuentra pensionada, no recuerda cómo se afilió a la AFP Porvenir; indica que estaba afiliada al ISS y acudieron varias entidades a ofrecer sus servicios, afirmado que eran más rentables, sin embargo nunca le hicieron una proyección de su pensión, solo le indicaron los beneficios económicos; se afilió, debido a que en el lugar donde laboraba, llegaron a ofrecerle una mayor rentabilidad; no recuerda que le informaran los requisitos para pensionarse en el RAIS, ni lo que pasaría con el dinero en caso de fallecer, no ha realizado aportes voluntarios, y se afilió de manera libre y voluntaria. Indica que compañeros de la oficina le dijeron que era mejor Colpensiones que los fondos privados. Desconoce los requisitos para pensionarse. Quiere quedar con una mesada pensional buena y no con la mínima que le ofrece el fondo privado.

⁵ Carpeta: 019. CD 3 A Folio 73 – contestación Colpensiones – Historia laboral – CC-52682141

⁶ 009. Contestación protección folios 208 a 265FL 58

⁷ Carpeta: 018. CD 2 A Folio 71 – contestación porvenir.

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

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

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

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).

Por ello, la sala modificara la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación para declarar la ineficacia 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 cambio 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., 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 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).

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 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 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).

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 las administradoras 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 les ordenó, devolver todos los valores recibidos por la afiliación de la demandante a Colpensiones y, a ésta, a recibir los recursos e imputarlos a la historia laboral de aquella.

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 Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de junio de 2022, para en su lugar disponer la ineficacia del traslado efectuado por el demandante conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia recurrida, 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.

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 los demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



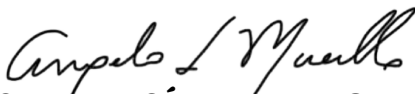
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MÚRILLO 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 012 2022 00112 01
DEMANDANTE: MARIA ANTONIETA DUSSAN ALVAREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 04 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 su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A, para el mes de octubre de 1995, a su vez que nunca se efectuó traslado válido, por lo cual se declare que se encuentra afiliada a Colpensiones. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A a registrar en su sistema de información que no se efectuó ninguna vinculación válida a la administradora y, a devolver todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual, bonos, aportes, rendimientos, comisiones; asimismo, que Colpensiones la tenga registrada y activa como afiliada y actualice su historia laboral. Igualmente, se condene a las demandadas al pago de costas y agencias de derecho y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 19 de febrero de 1966, laboró para GIL MEDIA LTDA desde el 9 de septiembre de 1992 hasta el 1 de noviembre de 1993, cotizó un total de 59,86 semanas, posterior a ello, trabajó para la Secretaría Distrital desde el 1 de junio de 1995 hasta el 30 de septiembre de 1995, cotizando 15,01 semanas, para un total de 74,86 semanas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Se trasladó al RAIS por medio de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A el 31 de octubre de 1995. Afirma que no le informaron previo a su afiliación la naturaleza del régimen, las ventajas y desventajas, los distintos escenarios comparativos de pensión; que la AFP conocía el número de semanas cotizadas, su promedio salarial, nunca recibió el plan de pensión o el reglamento del fondo privado, tampoco que podría trasladarse con anterioridad a cumplir los 47 años. El 26 de octubre de 2021 solicitó ante la AFP que se anulara o se declarara ineficaz la afiliación sin embargo en respuesta del 16 de noviembre de 2021, informaron que su traslado fue informado y asesorado. El 19 de octubre de 2021 radicó ante Colpensiones solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación, pero le fue negado. A la fecha cuenta con 1013 semanas cotizadas (expediente digitalizado, archivo 01, fls.5 a 24).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, las semanas cotizadas, la solicitud presentada y su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las 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, las declarables de oficio. Argumentó que siempre ha actuado de buena fe, que el traslado de régimen de la actora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que se corrobora con la suscripción del formulario; la accionante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y; que está incurso en la prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; asimismo,

que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y el transcurso del tiempo subsana cualquier tipo de error (expediente digital, archivo 10 fls.2 a 14).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos indicó 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 no procede declarar la nulidad absoluta del acto jurídico de afiliación al régimen de ahorro individual debido a que contaba con capacidad absoluta por lo cual no puede alegarse nulidad relativa del acto, a su vez tampoco se acreditan actuaciones dolosas frente a la afiliación y no se encuentran configurados los supuestos de hecho de la ley 100 de 1993; de igual manera se estaría vulnerado el derecho al debido proceso; el consentimiento de la parte fue informado y se realizó de manera libre y consciente y se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación, sin que sea factible declarar la ineficacia debido a que no se probó falta de uno de los elementos esenciales del acto jurídico. Si se llegara a declarar la nulidad o ineficacia del traslado, se desconocería el principio de autonomía de la voluntad privada (expediente digital, archivo 12 fls. 2 a 33).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 4 de julio de 2023 (expediente digital, archivo 24), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora MARÍA ANTONIETA DUSSAN ÁLVAREZ, identificada con C.C No 36. 182.456 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A el 31 de octubre de 1995, junto con la afiliación a COLPATRIA el 14 de diciembre de 1998, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado a la señora MARÍA ANTONIETA DUSSAN ÁLVAREZ al régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de afiliación de la señora MARÍA ANTONIETA DUSSAN ÁLVAREZ tales como cotizaciones, bono pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados, como también debe devolver lo relacionado

con los gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que fueron descontados durante su permanencia en HORIZONTE Y COLPATRIA antes de la fusión de estas con PORVENIR, debidamente indexados, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR S.A, con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora MARÍA ANTONIETA DUSSAN ÁLVAREZ al régimen de ahorro individual con solidaridad y una vez ingresen los dineros actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de acuerdo a lo motivado.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR S.A y COLPENSIONES a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.

Como sustento de su decisión, manifestó que la carga de la prueba del asistía a Horizonte hoy Porvenir, pues es ella quien tenía que demostrar qué tipo de información le dio a la parte actora al momento de su traslado y si la misma fue veraz, sin que el hecho de firmar el formulario de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido su conocimiento, de ahí que el traslado se torna ineficaz.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y Porvenir, recurrieron la sentencia.

La AFP Porvenir S.A. arguye que la ley autoriza a los fondos de pensiones a efectuar los descuentos respectivos, a cubrir las primas de seguros, cuotas de administración y demás rubros, a su vez la misma ley menciona cuales son los dineros a trasladar cuando existe un cambio de régimen pensional; si se ordena la devolución de sumas diferentes a las referidas, configura un enriquecimiento sin causa en favor de la afiliada y Colpensiones. La condena indexada es improcedente, teniendo en cuenta que durante el tiempo en que la señora María Antonieta estuvo afiliada a Porvenir, su cuenta de ahorro individual no se vio afectada por el fenómeno de la de la inflación, por el contrario, se generaron rendimientos financieros superiores a la rentabilidad mínima establecida para las

cuentas de ahorro individual y, de haber continuado afiliada a la demandante al régimen de prima media, pues estos rendimientos financieros no se hubieran generado.

Colpensiones reprocha la condena en costas, debido a que ha actuado de buena fe en su proceder y sus actuaciones se motivaron en pleno derecho, toda vez que no intervinieron de manera directa, ni siquiera de manera indirecta, a su vez no hay razón para que se declare la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, razón por la que la afiliación tiene plena validez, dado que no se probó por parte de la accionante alguna de las causales de nulidad o vicio de consentimiento. Asimismo, dicha decisión viola la estabilidad financiera de los fondos pensionales, dado que no se encuentra prevista dentro de la autonomía financiera y administrativa.

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 9 de septiembre de 1992 (expediente administrativo, fls.1 a 2); migró al RAIS, a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 31 de octubre de 1995, posteriormente, se trasladó de

manera horizontal al fondo de pensiones Colpatria, hoy Porvenir, el 14 de diciembre de 1998 (expediente digital, archivo 12, fls.76, 80 y 81).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que, en el año 1995 se encontraba laborando y se reunieron unos compañeros de trabajo con el representante de la firma Horizonte, quien les dijo que el Seguro Social se iba acabar, que lo mejor era que se retiraran y se acogieran a Horizonte; la reunión fue corta, les comentaron que retomarían el tiempo que tenían laborado, sin embargo, no les explicó acerca de la existencia de una cuenta de ahorro individual, ni el derecho de retracto. En el año 1998 realizó un traslado a través de Colpatria, cuando se encontraba trabajando en la Secretaría de Salud y, le informaron que Horizonte iba a tomar el nombre de Colpatria y les entregaron el documento para firmar. No le explicaron con qué finalidad registraba a sus hijos en el formulario de afiliación, el asesor le iba leyendo y ella iba contestando sus preguntas y al final firmó, afirma que ha recibido extractos financieros de Porvenir y que los entiende. Lo que la lleva a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación definida es que se sintió defraudada en cuanto al monto de su pensión, pues acudió en el año 2019 a preguntar por ello, pero no fueron claros al respecto. Tampoco recibió información sobre las características y condiciones del régimen de ahorro individual.

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, 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 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 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 recursos e imputarlos a la historia laboral de la 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: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 04 de julio de 2023, en el sentido de indicar que, al momento de cumplirse estas órdenes, 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



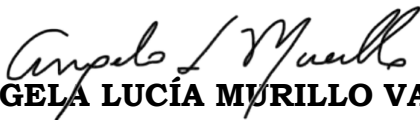
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

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 013 2020 000147 02
DEMANDANTE: CLAUDIA MARCELA HUERTAS CABRERA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto 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 Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de marzo de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia de la afiliación efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar los aportes al RPM a Colpensiones y, a ésta a recibirlos; las costas y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que empezó a cotizar a seguridad social en pensiones el 7 de abril de 1986, en el seguro social hoy Colpensiones. En el año 2005 se trasladó al régimen de ahorro individual, a través de Protección S.A., sin que el fondo le informara los verdaderos beneficios y riesgos de trasladarse de régimen, manifestándole de forma engañosa que sería más beneficioso. Aduce que en asesoría de 2020 la AFP

le explica que tendría derecho a la garantía de pensión mínima, mientras en Colpensiones, podría tener una pensión al completar las semanas requeridas. Mediante peticiones de fechas 20 y 27 de febrero, las demandadas negaron el traslado de régimen (expediente digital, archivo 01 fls. 5 a 13).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda. Admitió las cotizaciones efectuadas al ISS y la respuesta de fecha 27 de febrero de 2020. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y caducidad y, las 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 y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 01 fls.184 a 194).

La AFP Protección S.A. rechazó las pretensiones dirigidas en su contra. Aceptó la asesoría prestada el 20 de febrero de 2020 y negativa del traslado. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y, las declarables de oficio. Sostuvo que la afiliación de la actora se realizó de manera libre y voluntaria, que Protección le brindó una asesoría clara, completa e integral al momento de realizar su afiliación, conforme a la normatividad de la época y las exigencias existentes para ese momento; que la actora no hizo uso de la facultad de

retractarse ni de trasladarse conforme a los tiempos establecidos en la ley, la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, también tenía deber de información y, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa. (expediente digital, archivo 01, fls. 195 a 212).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 7 de marzo de 2023 (archivo 06), resolvió:

PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciere la demandante Claudia Marcela Huertas Cabrera a la AFP Santander, fusionada con ING hoy Protección S.A. el 21 de septiembre de 2005 y con fecha de efectividad el 1 de noviembre de 2005, por las razones antes expuestas.

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

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a tener como afiliada a la actora, a recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar su Historia Laboral, 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 Protección S.A. y en favor de la actora, incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia, la suma de \$1.200.000.

SEXTO: Por haber sido condenada Colpensiones y fungir la Nación como garante, remitir el proceso al Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta en su favor.

SÉPTIMO: Por Secretaría y previo a remitir el expediente al Tribunal Superior de Bogotá, remítase copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el art. 48 de la Ley 2080 de 2021.

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones afirma que la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal, al supera la edad o el término otorgado

por la ley para realizar el traslado; se pudo advertir que se dio cumplimiento al deber de información por la AFP; y que la devolución de los de los dineros que reposan dentro de la cuenta de la demandante, no compensa el gran impacto que se genera, de otorgar una pensión, pues por más de 15 años, no estuvo afiliada al régimen de prima media.

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 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 demandante estuvo afiliada y efectuó cotizaciones a Colpensiones, desde el 7 de abril de 1986 hasta el 09 de septiembre de 2005 (expediente administrativo¹), fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Pensiones y Cesantías Santander, hoy Protección S.A, mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, archivo 01 fl. 230).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que, hicieron una reunión en el lugar donde trabajaba, en la cual les

¹ GRP-SCH-HL-66554443332211_2191-20220218101057

informaron que el ISS iba a quebrar y que en ese momento era mejor trasladarse a los fondos de pensiones privados. Recuerda que tanto ella como a otros compañeros de trabajo les hicieron firmar de manera rápida, sin brindarles mayor información. No le explicaron qué era un aporte voluntario, la diferencia entre el régimen ISS y Santander, tampoco los requisitos para poderse pensionar ni la edad inferior exigida para ello, a su vez omitieron brindarle información respecto a la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y la garantía de pensión mínima. De igual manera, manifestó que tampoco preguntó o buscó asesoría con posterioridad, afirmando que no recuerda cuando se enteró de la existencia de Colpensiones. Relata que antes de cumplir la edad para pensionarse en el año 2020 cuando tenía 57 años, acudió a Protección para averiguar respecto a su pensión y se decepcionó, dado que, le informaron que alcanzaría solo el mínimo, por ello buscó asesoría de un abogado. Aclara que no se encuentra pensionada y tampoco ha solicitado la pensión ante Protección, y niega saber con exactitud cuantas semanas cotizadas tiene.

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

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

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 al 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.

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 segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de marzo de 2023, que quedara en el siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Protección S.A., a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales 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.

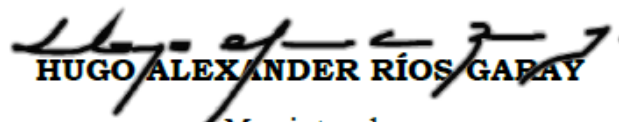
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **DECLARAR** que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el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

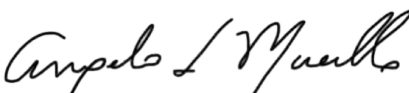
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

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



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 014 2019 00051 01
DEMANDANTE: PEDRO PUENTE ACEVEDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.
LITIS CONSORTE NECESARIO: FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto 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 Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de febrero de 2022. Igualmente, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la Nación.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada AFP Protección a realizar el trámite correspondiente para la emisión del bono pensional y, a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a emitir y pagar el bono pensional en su favor y depositarlo en la AFP referida. Asimismo, se condene a esta última, a efectuar la devolución de aportes correspondiente. Se condene a las demandadas a reconocer los derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y, las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 14 de noviembre de 1951, cumpliendo 62 años de edad en el año 2013. Prestó sus servicios al Estado a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la

Secretaría Distrital de Integración Social. Para el 1º de abril de 1994, no estaba afiliado a ningún régimen pensional. El 5 de noviembre de 2014, se afilió a la AFP Protección y cotizó con el fin de acceder a su pensión de vejez. El 16 de febrero de 2016, radicó en la AFP las certificaciones laborales tipo bono pensional, correspondientes a los tiempos públicos laborados. El asesor de Protección le informó que no le alcanzaba el tiempo para el reconocimiento de la pensión. El 21 de abril de 2016, solicitó agilización en la inclusión de los tiempos públicos en el bono pensional, a lo que la OBP, manifestó que Protección nunca radicó la documentación, ni realizó solicitud de bono a su nombre. Al no contar con el capital suficiente para acceder a la prestación de vejez, solicitó el 18 de agosto de 2016 la devolución de saldos incluido su bono pensional ante la AFP, obteniendo respuesta negativa, bajo el argumento que la Nación se negó a la expedición del bono pensional. El 21 de diciembre de 2016, solicitó información a la OBP, quien le manifestó que protección no ha solicitado la expedición del bono y, que solicitó la redención anticipada, cuando no es su caso. Aduce que cuenta con más de 150 semanas cotizadas, teniendo derecho a su bono pensional, tipo A, modalidad 2, conforme lo dispuesto por el Decreto 1748 de 1995. Cuenta con más de 65 años de edad y, no logró completar 1150 semanas para acceder a su pensión. Finalmente, manifiesta que las demandadas omitieron adelantar las gestiones para la emisión del bono pensional, correspondiente a la devolución de saldos (*fls. 82 a 98, subsanación*).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP Protección S.A. se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Frente a los hechos, aceptó la data de nacimiento del actor, el relacionado con la afiliación del accionante a esa administradora, las solicitudes de los bonos pensionales por los tiempos públicos, la información por parte de la AFP respecto de no alcanzar con el tiempo para reconocimiento de su pensión, la solicitud de agilización en la inclusión de tiempos públicos en el bono pensional, la solicitud de devolución de saldos, la negativa por las razones argüidas y, que el accionante cuenta con más de 150 semanas cotizadas, teniendo derecho al bono pensional, conforme al Decreto 1748 de 1995. Frente a los demás hechos señaló no ser ciertos o no constarle. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva,

buena fe y, las demás declarables de oficio. Fundamentó que gestionó de manera oportuna la solicitud del demandante y procedió negando la devolución de saldos porque, según la OBP, a la edad de 75 años podría acceder a una pensión de vejez, lo que imposibilita a la administradora adelantar cualquier gestión respecto del bono pensional del actor (*fls.148 a 154*).

Por su parte, la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Frente a los hechos, aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento del actor, la prestación de servicios al Estado, su no afiliación a algún régimen pensional al 1º de abril de 1994, la radicación de la certificación laboral tipo bono por el tiempo laborado al Ministerio, la solicitud de información referente a la gestión de emisión del bono, la respuesta de la OBP y, el derecho del actor al bono pensional tipo A. de los demás manifestó no ser ciertos o no constarle. Formuló como excepciones las que denominó: *“El Ministerio de Hacienda y Crédito Público no es una entidad de previsión social y/o tiene el carácter de administradora de pensiones”*, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, integración del Litis consorcio necesario y, las demás declarables de oficio. En defensa de sus intereses, arguyó que para el momento de su vinculación al RAIS, el accionante ya había cumplido con los requisitos exigidos por el régimen de prima media para la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, teniendo un derecho adquirido, por lo que su cambio de régimen conlleva a detrimento patrimonial de los recursos públicos y una vulneración directa a la sostenibilidad financiera del sistema (*fls.178 a 185*).

En audiencia del 5 de marzo de 2020, se dispuso la integración del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías Y Pensiones – Foncep, en calidad de Litis consorcio necesario; quien al dar contestación se opuso a la totalidad de las pretensiones y; manifestó no constarle los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de inexistencia de causal para vincular como Litis consorcio necesario al FONCEP y, la genérica. Fundamentó su defensa en que al no haber recibido aportes y/o cotizaciones para pensión, no está llamado a reconocer bono pensional alguno al actor, quien para el

1º de abril de 1994, no estaba afiliado a ningún tipo de régimen pensional (fls. 207 y reverso).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de febrero de 2022, resolvió¹:

PRIMERO: CONDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO - OFICINA DE BONOS PENSIONALES a emitir y pagar el Bono Pensional del demandante, señor PEDRO PUENTES ACEVEDO, y trasladarlo a la AFP PROTECCIÓN S.A., para que ingrese en la cuenta individual de ahorro de aquel, al cual debe contribuir el FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP, con la cuota parte correspondiente a las cotizaciones efectuadas por el demandante a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DEL DISTRITO por el periodo comprendido entre 4 de abril a 11 de agosto de 1989.

SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a que una vez obre en la cuenta de ahorro del demandante, el bono pensional que se ordena emitir y pagar en esta providencia, proceda a la devolución de saldos que se encuentren depositados en la cuenta de Ahorro Individual del demandante PEDRO PUENTES ACEVEDO.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las convocadas a este juicio, en tanto que no enervaron las pretensiones y, las propuestas igualmente por la convocada como Litis consorte necesario FONCEP.

CUARTO: CONDENAR en costas de esta acción a las demandadas NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y PROTECCIÓN S.A. en oportunidad se tasarán.

En sustento de su decisión, indicó que, aun cuando el accionante acreditaba la edad mínima para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media, ello no constituye un obstáculo para continuar asegurado y cotizando con el propósito de obtener a futuro un beneficio pensional, pues, lo cierto es que contaba con la capacidad laboral y económica para seguir cotizando al sistema general de pensiones en razón a su vinculación como independiente y dependiente. Evidenciada la validez de la afiliación al RAIS, encontró que el actor tiene derecho al bono pensional tipo A modalidad 2, al haberse vinculado laboralmente antes del 1º de julio de 1992 y haber efectuado cotizaciones a pensiones a través de una Caja de previsión del sector público; el cual debe ser emitido por el Ministerio de Hacienda y al que debe contribuir el FONCEP como administrador del fondo de pensiones públicas de Bogotá. Finalmente, en cuanto a la devolución de saldos, advirtió que el extremo activo no tiene

¹ Expediente digital, carpeta: 07 Audiencia15Febrerode2022.

capacidad de pago para continuar efectuando aportes al sistema general de pensiones, más aún cuando en razón de la edad, pues actualmente cuenta con más de 70 años, le es complejo insertarse en el mundo laboral; no cuenta con el mínimo de 1150 semanas de cotización, y el capital ahorrado en su cuenta individual, resulta insuficiente.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes la demandada Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – Foncep, interpusieron sendos recursos de apelación.

La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público argumenta que, el demandante inicialmente tendría derecho a un bono pensional tipo A, modalidad 2; sin embargo, el momento en que surge la obligación del pago del bono pensional tendrá lugar el 25 de junio del año 2027, fecha en la cual el demandante completaría 1000 semanas de vinculación laboral válidas, suponiendo que trabajara interrumpidamente a partir de la fecha de corte, esto es, el 6 de noviembre 2014, teniendo en cuenta que es la fecha en que se realiza la afiliación al régimen de ahorro individual y requisito, sin el cual no se podría establecer la fecha de corte y por ende no se podría hacer el cálculo del bono pensional. Además, el estado actual del bono pensional es de liquidación provisional, el cual no constituye una situación jurídica consolidada. La AFP tramitó ante el Ministerio la redención anticipada del bono pensional, con efectos de otorgar una devolución de saldos de conformidad con el artículo 66 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, el sistema rechazó la solicitud, en atención a que el beneficiario tendría saldo suficiente para una pensión en el RAIS a la fecha de redención del bono; circunstancia que evita que el actor acceda a una prestación subsidiaria, como lo es la devolución de saldos, tratando de proteger su derecho irrenunciable a la pensión, que resultaría mucho más favorable; pues por el momento no pueden ser entregados precisamente por los mensajes que arroja el sistema. Finalmente, debe tenerse en cuenta que la devolución de saldos única y exclusivamente opera el evento, que no exista derecho a la pensión, caso que no es el del demandante,

pues como ya se dijo, contaría con el capital suficiente para acceder a la prestación de la pensión.

Por su parte, FONCEP, solicita se revoque la condena en su contra y se desvincule de proceso, teniendo en cuenta que el actor, para el año de 1994, no se encontraba afiliado a ningún tipo de régimen pensional. La ley 100 de 1993 entró a regir para el Distrito Capital el 30 de junio de 1995, fecha con posterioridad a esta, es que data la creación del fondo de pensiones públicas de Bogotá. Finalmente, en los antecedentes que administra el fondo de pensiones públicas de Bogotá, no aparece registro alguno de cotización a nombre del actor, argumento incontrovertible que impide concurrir como un litisconsorcio a efectuar la provisión de bono pensional, habida cuenta que no existe prueba sobre su cotización.

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 Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si el accionante tiene derecho a la devolución de saldos correspondiente al bono pensional o, si por el contrario, deberá esperar a consolidar su derecho a la pensión de vejez.

Para dilucidar el problema jurídico resulta pertinente indicar que se encuentra probado que: **(i)** el demandante nació el 14 de noviembre de 1951, cumpliendo la edad de 62 años, el mismo día y mes del año 2013 (*copia de cédula de ciudadanía y del registro civil de nacimiento, fls.2 y 28*); **(ii)** trabajó en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público del 2 de noviembre de 1977 al 12 de septiembre de 1984, efectuando aportes a Cajanal y, con la Secretaría Distrital de Integración Social del 4 de abril al 11 de agosto de 1989, efectuando cotizaciones a la Caja de Previsión Social

(*certificado de información laboral, fls.4 a 12*); y **(iii)** se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Protección S.A., desde el 5 de noviembre de 2014 (*constancia, fl.13*).

Así mismo, el accionante solicitó el reconocimiento de prestación económica de devolución de saldos, la cual fue negada, bajo el argumento de, que pese a contar con 64 años para esa data, la redención normal de su bono pensional es el 24 de junio de 2027, cuando cumpla 75 años de edad, razón por la cual su bono pensional debe ser negociado con el fin de contar con el capital suficiente para acceder a la pensión como lo establece el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 (fls.31 a 36).

Frente a la devolución de saldos, conforme al artículo 66 de la Ley 100 de 1993, tienen derecho a esa prestación aquellos afiliados que alcancen las edades mínimas para acceder a la pensión de vejez y no tengan el número mínimo de semanas exigidas o acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo. Además, dispone la norma que la devolución de saldos comprende “*los rendimientos financieros y **el valor del bono pensional**, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho*”.

En armonía de lo anterior, los artículos 60 y 115 de la ley integral de seguridad social, establecen que a los bonos pensionales tendrán derecho entre otros, los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público, supuesto en el que se encuentra el promotor del juicio.

En sentencia SL451-2013, rememorada en providencia SL 2649 de 2020, al abordar un asunto de similares contornos al que ahora ocupa la atención del Tribunal, la Corte Suprema de Justicia puntualizó:

“En lo que se refiere al argumento según el cual, de los artículos 113, 115 y 120 de la Ley 100/1993 se desprende, como requisito indispensable, tener derecho a la pensión de vejez para poder establecer si es necesaria la expedición del bono pensional, valga recordar que el artículo 11 del Decreto 1299 de 1994 prevé que «(...) el bono pensional se redimirá cuando ocurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.- Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional.

2.- Cuando se cause la pensión de invalidez de sobrevivencia. 3.- cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993». A su vez, según el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 los bonos pensionales deben ser incluidos dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que se reintegra al afiliado, a través de la devolución de saldos.

De acuerdo con tales disposiciones, el raciocinio del censor es infundado, dado que el bono pensional no está contemplado únicamente para financiar una pensión de vejez, por lo que no es indispensable tener derecho a la misma para que sea posible su emisión, como equivocadamente se denuncia en el cargo.” Negrillas de la Sala.

En ese horizonte, es perfectamente válido concluir que el promotor del juicio tiene derecho al reconocimiento y pago de la devolución de saldos en el régimen de ahorro individual, la cual debe incluir el bono pensional que representa las cotizaciones que efectuó en el sistema de prima media con prestación definida, con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y, debe ser incluido dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que se reintegra al afiliado, a través de la devolución de saldos, como quiera que éste no está contemplado únicamente para financiar una pensión de vejez.

No obstante, para que este título valor cumpla la finalidad de financiación de las prestaciones que otorga el sistema, debe surtir un trámite, como lo explica la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4305-2018, que al punto señala que:

“Para que el valor del bono haga parte del capital de financiación de la pensión, han de agotarse las siguientes etapas: a) conformación de la historia laboral del afiliado; b) solicitud y realización de la liquidación provisional; c) aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional; d) emisión; e) expedición; f) redención y g) pago del bono pensional. A continuación se describirán brevemente cada una ellas:

- a) Una vez el beneficiario del bono realiza la solicitud, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 del Decreto 1513 de 1998, el primer paso para la tramitación del bono pensional es la conformación de la historia laboral del afiliado, que se realiza mediante la información que éste suministra a su AFP y la información que la AFP solicita a las entidades a las cuales el trabajador realizó cotizaciones diferentes al ISS. La información así obtenida es ingresada por la AFP al Sistema Interactivo que para el efecto tiene la OBP. La información sobre cotizaciones realizadas por el trabajador al ISS se obtiene del archivo masivo que para el efecto tiene el ISS. Si se presenta alguna variación posterior de esta información y así lo certifica el ISS, la AFP debe digitar esta nueva información en el Sistema Interactivo de la OBP.*
- b) Conformada la historia laboral, la AFP, en representación del afiliado, debe solicitar al emisor del bono pensional la liquidación de éste, para lo cual debe definir el salario base para el cálculo del bono pensional.*

- c) Con esta información, la OBP realiza un cálculo del valor del bono a la fecha de corte, cálculo que denomina liquidación provisional. Antes de la emisión del bono pensional **se pueden producir diversas liquidaciones provisionales, dependiendo de la información y de la aceptación de la misma por parte del afiliado. Según lo dispone el inciso 9º del artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, la liquidación provisional no constituye una situación jurídica consolidada. (negrilla y subraya fuera del texto)**
- d) **Realizada la liquidación provisional, la AFP debe darla a conocer al afiliado, para que éste la apruebe y la firme de conformidad con lo estipulado en el artículo 7º del Decreto 3798 de 2003.** Si no está de acuerdo, el afiliado debe explicar a la AFP sus razones para que se efectúen las correcciones a que haya lugar. Efectuados los ajustes, debe realizarse una nueva solicitud a la OBP de liquidación provisional. (Negrilla fuera del texto)
- e) **Producida la aprobación de la liquidación provisional por parte del afiliado, la AFP debe requerir a la OBP la emisión del bono pensional, la cual se realiza mediante resolución por parte del emisor, en la que se consagran los datos básicos del bono pensional y los valores calculados a esa fecha, los cuales pueden variar.**
- f) La expedición del bono pensional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1513 de 1998, es el momento en que se suscribe el título físico o del ingreso de la información a un depósito central de valores, en el caso de la expedición desmaterializada de títulos. Un bono emitido se expide en uno de los siguientes tres casos: (1) por redención normal del bono pensional tipo A que se produce cuando el afiliado, cumple 62 años, si es hombre, o 60 años, si es mujer, o cuando el mismo completa mil semanas de vinculación laboral válida para el bono; (2) por redención anticipada del bono pensional tipo A que ocurre cuando el afiliado fallece, es declarado inválido, o no cumple con el requisito de las semanas exigidas para obtener la garantía de la pensión mínima ni cuenta con el capital suficiente para adquirir una pensión; y (3) por solicitud de la AFP, una vez ésta ha obtenido autorización escrita del afiliado para negociar el bono con el fin de obtener una pensión anticipada.
- g) Por último, se produce el pago del bono pensional a la AFP, que consiste en el depósito de los dineros en la cuenta de ahorro individual del beneficiario.

En ese horizonte, resulta claro que la AFP Protección S.A por ser la entidad a la que se encuentra actualmente afiliado el demandante, es la llamada a devolver el eventual saldo que exista derivado del bono pensional que en este caso representa las cotizaciones que el accionante realizó a la entonces Caja de Previsión Social y Cajanal, previo cumplimiento de los trámites descritos precedentemente ante las entidades correspondientes (Artículo 60 de la Ley 100 de 1993).

En el mismo sentido, al amparo de las anteriores reflexiones, es claro que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de su Oficina de Bonos Pensionales es la llamada a emitir y pagar el bono pensional, sin que le asista razón, en la imposibilidad de realizar la devolución de saldos, hasta tanto el afiliado logre consolidar su derecho

pensional, en atención a la anotación de *“EL BENEFICIARIO TENDRÍA SALDO SUFICIENTE PARA UNA PENSION EN EL RAIS A LA FECHA DE REDENCION DEL BONO”* (fl.169); y en tal sentido, se hace necesario que la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda levante tal observación, para que la AFP Protección S.A. pueda generar la liquidación que deberá ser aprobada por el accionante y solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la Oficina de Bonos Pensionales la emisión del bono pensional, su consecuente redención y pago a la AFP, para que esta a su turno proceda a realizar la devolución de saldos correspondiente, por lo que el fallo analizado será confirmado.

De la concurrencia de FONCEP

Mediante el artículo 65 del Acuerdo 257 del 30 de noviembre de 2006, el Concejo de Bogotá D.C., transformó el Fondo de Vivienda Distrital, Favidi, en el Fondo de Prestaciones Cesantías y Pensiones, Foncep, establecimiento público del orden distrital, con las funciones básicas de reconocer y pagar las cesantías de los servidores públicos del Distrito Capital, y las obligaciones pensionales legales y convencionales del sector central y descentralizado.

Así, de conformidad el certificado de información laboral expedido el 30 de diciembre de 2015, visible de folios 4 y siguientes, el accionante prestó sus servicios a la Secretaría Distrital de Integración Social, en virtud de lo cual, se efectuaron sus aportes para pensiones, a la Caja de Previsión Social del Distrito, entre el 4 de abril y el 11 de agosto de 1989, razón por la cual, es el Foncep el competente para responder por las obligaciones pensionales a cargo de la extinta caja de previsión y, en este entendido, le asiste razón a la juez de primera instancia, en cuanto condenó al fondo de pensiones a contribuir con la cuota parte correspondiente a las cotizaciones efectuadas a la susodicha Caja de Previsión Social del Distrito.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y en todo caso, atendidos los argumentos de apelación expuestos por la Nación Ministerio de Hacienda y

Crédito Público y por el FONCEP, esta Colegiatura confirmará la decisión analizada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta, 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de febrero de 2022 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

SEGUNDO: Sin costas en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

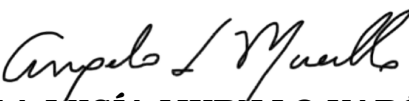


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

| Radicación n.º 110013105 014 2019 00051 01.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

014 2019 00051 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 014 2021 00106 01
DEMANDANTE: ESPERANZA CALDERON
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 (30) de agosto 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 Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 08 de mayo de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a su vez que el Fondo de Pensiones Colpatria hoy Porvenir S.A y la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, omitieron el deber de asesoría clara, precisa y real. En consecuencia, se condene a la AFP Protección a trasladar los aportes de pensión a Colpensiones, junto con los rendimientos financieros que por ley debieron generar y, a ésta a aceptar y realizar el trámite correspondiente del traslado de los aportes. Asimismo, se condene a lo ultra y extra *petita* y las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 10 de abril de 1965; como trabajadora independiente, se afilió libre y voluntariamente al

ISS en septiembre de 1989. Se trasladó al régimen de ahorro individual en mayo de 1997 mediante formulario de afiliación. Aduce que, al realizar el traslado de régimen, no recibió asesoría alguna y fue un trámite en masa, tampoco le informaron las consecuencias que generaba el cambio de régimen de pensión o sus ventajas y desventajas, ni las proyecciones económicas para cuando cumpliera los requisitos pensionales; posterior a ello, generó diferentes traslados a otras AFP y, por último, quien ostenta dicha administración es la AFP Protección (expediente digital, documento 04).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la negativa por su parte respecto al traslado de la accionante y la afiliación al ISS en el año 1989. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. 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, 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 Colpatria hoy Porvenir y a la AFP Protección; 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; No es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen y; No resulta consecuente que los afiliados al sistema general de pensiones puedan solicitar en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del

traslado entre regímenes pensionales. (expediente digital, archivo 19 fls. 2 a 32).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento de la demandante y la afiliación a este fondo el 31 de diciembre de 2012. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, 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 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 (expediente digital, archivo 14 fls. 1 a 35).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó su afiliación a este fondo y la solicitud de traslado horizontal en el RAIS, ante Protección S.A en el año 2000. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y las declarables de oficio. En su defensa expuso que no es procedente declarar la nulidad absoluta del acto jurídico de la afiliación al RAIS, también afirma que no se cumplen con los supuestos de hecho que exige el artículo 271 de la ley 100 de 1993, de igual manera considera que se ha dificultado ejercer en forma efectiva los derechos de defensa y contradicción, a su vez

asevera que el consentimiento de la parte demandante fue informado y la afiliación se efectuó de manera libre, voluntaria e informada; De igual manera no es posible declarar la ineficacia o inexistencia del traslado, dado que no se probó que faltaran uno o alguno de los elementos esenciales del acto jurídico y que en su actuar debe presumirse la buena fe (expediente digital, archivo 13 fls. 2 a 24).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8 de mayo de 2023 (documento 35), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante señora ESPERANZA CALDERÓN, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A.; señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estiva afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A, donde se encuentra actualmente afiliada la demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y comisiones. Suma debidamente indexada, obligación que también recae en la AFP PORVENIR S.A.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por el extremo pasivo de la acción.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de la acción a las partes demandadas. Tásense.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Protección no demostró que brindó información completa y suficiente, que le permitiera a la actora tomar la decisión consiente de trasladarse, requisito que no se acredita con la suscripción del formulario de afiliación, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Porvenir y Colpensiones, interpusieron sendos recursos de apelación.

Porvenir S.A. reprocha la condena de las sumas ordenadas de manera indexada, teniendo en cuenta que corresponden a una obligación de tracto sucesivo, por lo que no entran en dineros con los cuales se hubiera financiado la pensión de la demandante, sino que se generan por la buena gestión realizada por la administradora. Además, se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, así como una doble sanción para la AFP.

Colpensiones manifestó que, en atención al principio de la relatividad jurídica, no puede resultar afectada al ser un tercero ajeno en el acto jurídico del traslado; que con la orden de recibir a la accionante como afiliada, se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Debe tenerse en cuenta que a la accionante está incurso en la prohibición de retornar al régimen de prima media, conforme a lo estipulado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Finalmente, en caso de confirmar la decisión, debe condenarse a las AFP al pago de perjuicios económicos a Colpensiones.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

Según el reporte de semanas cotizadas la accionante se afilió Instituto de Seguros Sociales, el 13 de septiembre de 1989 al 30 de abril de 1997 (expediente digital, archivo 19, fls. 33 a 37); y, migró al RAIS, a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 28 de abril de 1997 (expediente digital, archivo 13, fl. 28); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP ING hoy Protección S.A., a partir del 09 de agosto de 2000 (expediente digital, archivo 14, fls. 44).

Al absolver interrogatorio la parte demandante señaló que, para el año 1997 a comienzos de año, el seguro social estaba mal y fue para ese entonces que llegaron asesores a la oficina, le dijeron que se trasladara a Colpatria dado que el ISS se iba acabar, y aceptó su traslado. Afirma que llegaron de varios fondos, pero los primeros fueron de Colpatria, del cual no recibió asesoría, ni informaron respecto a la cuenta de ahorro individual, rendimientos, pensión anticipada. Con el tiempo se enteró que el ISS se liquidó y surgió Colpensiones, dice que intentó regresar por medio de un derecho de petición, pero este fue negado dado que le quedaban menos de 10 años para pensionarse. Respecto a la afiliación de Porvenir a Protección comenta que tenía una compañera que trabajaba en ésta última y ella ganaba comisión por afiliación, debido a eso por ayudarla accedió al traslado, pensando que todos eran igual y funcionaban de la misma manera, entendiendo como beneficios su pensión y la edad para pensionarse; tampoco recibió asesoría dado que no le interesaba en su momento, ya que le faltaba mucho para pensionarse, cuando le rechazaron el traslado a Colpensiones entendió que los regímenes eran diferentes. No recibió copia del formulario que suscribió, comenta que indagando supo que la pensión de Protección era diferente a la de Colpensiones y se sintió engañada.

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

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

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

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 afiliada la accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en 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, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será modificada en este 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.

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 Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 08 de mayo 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 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 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 del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

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

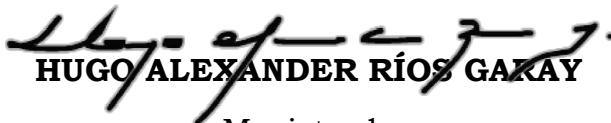
CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



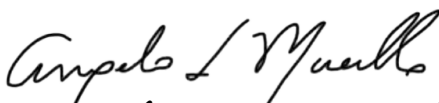
CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MUFILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto

014 2021 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 015 2021 00284 01
DEMANDANTE: ALVARO ISMAEL MUÑOZ PEÑALOZA
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto 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 11 de julio de 2022. Igualmente, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, entidad de la cual es garante la Nación.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que causó su derecho pensional por virtud de la Convención Colectiva de Trabajo vigente 1.998 – 1.999, por lo que tiene derecho a la mesada catorce, desde el 27 de marzo de 2006. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar, debidamente indexada, la pensión de jubilación convencional vitalicia, con 14 mesadas, por tratarse de un derecho adquirido antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005; las costas del proceso y; lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 27 de marzo de 1951, por lo que cumplió 55 años, el mismo día y mes de 2006. Laboró en la entonces Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por más de 20

años, en calidad de trabajador oficial, hasta el 27 de junio de 1999. Por ser beneficiario de la convención colectiva de trabajadores 1998-1999, solicitó a la entidad la pensión de jubilación convencional, reconocida por la Caja Agraria, mediante Resolución No. 4888 de 1 de noviembre de 2006, indexada por Resolución 19 de junio de 2012, a partir del 27 de marzo de 2006, en cuantía inicial de \$5'669.084,04, sin reconocer la mesada catorce. Finalmente, manifiesta que agotó la reclamación administrativa (archivo 09¹).

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 prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, compensación y, las declarables de oficio. Argumentó en su defensa que el demandante causó su derecho a pensión con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, que eliminó la mesada 14, además su pensión es superior a 3 SMLMV, lo que deja sin piso que se deba algún tipo de dinero por dicho concepto (archivo 25²).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de julio de 2022 (archivo 33³), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, al reconocimiento y pago a favor del señor demandante Álvaro Ismael Muñoz Peñalosa, de la pensión reconocida mediante Resolución 04888 del 1º de noviembre del año 2006, y reliquidada mediante Resolución 1978 del 19 de junio del 2012, al reconocimiento de la misma en 14 mesadas pensionales anuales y no en 13 meses pensionales anuales, como fuera reconocida en las mencionadas resoluciones, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR a la parte demandada que pague, debidamente indexadas, las mesadas 14 que se le han venido adeudando a favor del señor demandante, desde la fecha de causación de cada una y hasta que se haga efectivo el pago e inclusión en nómina en 14 mesadas pensionales, conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción parcialmente respecto de las mesadas 14, causadas con anterioridad al día 28 de enero del año 2018 y no demostradas las demás excepciones.

¹ 09anexo1Demanda

² 25EscritoContestacionDemandaUGPP

³ 33Audiencia11Julio2022Ord202100284

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a tres salarios mínimos legales vigentes para el año 2022.

QUINTO: Si la presente providencia no fuera impugnada y dada la naturaleza jurídica de la entidad demandada, se remitirán las diligencias al superior para efectos de que la revise en 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 pensión del demandante se causó con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, que eliminó la mesada 14; además, su pensión es superior a 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

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 el actor 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)** el promotor del juicio prestó sus servicios personales a la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 16 de octubre de 1974 hasta el 27 de junio de 1999, y **ii)** la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero

en liquidación, mediante Resolución 4888 del 1 de noviembre de 2006, le reconoció pensión de jubilación convencional a partir del 27 de marzo de 2006, en cuantía inicial de \$3'677.648,45 y, por Acto Administrativo 19 de junio de 2012, actualizó la mesada inicial en la suma de \$5'669.084,04 (fls.1 a 4, 36 a 39 y 62 a 65⁴).

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 parágrafo 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 parágrafo 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

⁴ Carpeta: 30AnexoCorreo20211214ExpAdvoCC19174223//19174223 UNIFICADO

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 señala⁵:

“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 parágrafo 1º del mismo precepto extralegal, dispone que:

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

Frente a dicha cláusula convencional, 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.

⁵ Archivo 03Pruebas, fls.22 a 23.

En esa línea de pensamiento, se advierte que el accionante prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 16 de octubre de 1974 hasta el 27 de junio de 1999 esto es, por más de 20 años⁶. Ahora, como quiera que nació el 27 de marzo de 1951, alcanzó la edad de 55 años el mismo día y mes del año 2006⁷. En consecuencia, el promotor 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 27 de marzo de 2006, y, el demandante reclamó ante la entidad por primera vez el reconocimiento de la mesada 14, el 28 de enero de 2021 (archivo 02Anexos, fls.3 a 5), 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 10 de junio de 2021 (archivo 05ActaReparto9296). En consecuencia, las mesadas causadas con anterioridad al 28 de enero de 2018 se encuentran prescritas, como acertadamente concluyó la primera instancia.

Indexación

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

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

⁶ Carpeta: 30AnexoCorreo20211214ExpAdvoCC19174223//19174223 UNIFICADO, fls. 1 a 4

⁷ Fl.7 copia del registro civil de nacimiento y, fl.10 copia cédula de ciudadanía, ídem

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).

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
1/01/2006	31/12/2006		\$ 5.669.084,04
1/01/2007	31/12/2007	4,48%	\$ 5.923.059,00
1/01/2008	31/12/2008	5,69%	\$ 6.260.081,06
1/01/2009	31/12/2009	7,67%	\$ 6.740.229,28
1/01/2010	31/12/2010	2,00%	\$ 6.875.033,87
1/01/2011	31/12/2011	3,17%	\$ 7.092.972,44
1/01/2012	31/12/2012	3,73%	\$ 7.357.540,31
1/01/2013	31/12/2013	2,44%	\$ 7.537.064,29
1/01/2014	31/12/2014	1,94%	\$ 7.683.283,34
1/01/2015	31/12/2015	3,66%	\$ 7.964.491,51
1/01/2016	31/12/2016	6,77%	\$ 8.503.687,59
1/01/2017	31/12/2017	5,75%	\$ 8.992.649,62
1/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 9.360.448,99
1/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 9.658.111,27
1/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 10.025.119,50
1/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 10.186.523,92
1/01/2022	31/12/2022	5,62%	\$ 10.759.006,57
1/01/2023	31/12/2023	13,12%	\$ 12.170.588,23

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 y en la apelación ante su no causación.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

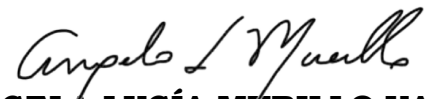
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de julio de 2022.

SEGUNDO: 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 017 2020 00331 01
DEMANDANTE: GLORIA CECILIA MORALES ARÉVALO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de abril de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare su afiliación al régimen de pensiones al ISS a partir de enero de 1980, cuando contaba con una expectativa legítima acorde a los condicionamientos de la ley 100 de 1993, declarar la nulidad del traslado al RAIS, que las cosas vuelvan a su estado anterior, volviendo al RPMPD y su afiliación sea reactivada; en consecuencia, que la AFP devuelva todos los valores que hubiere recibido en su condición de ultima administradora del RAIS y a su vez que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme a la ley, también que se declare la inaplicación de la Resolución No 3559 del 28 de agosto de 2018 proferida por Colpensiones, y que se condene a Colpensiones al pago de las mesadas ordinarias y adicionales, causadas y no pagadas, su indexación, intereses moratorios, lo ultra y extra *petita* y las cosas del proceso y agencias de derecho si se presenta oposición

En respaldo de sus pretensiones, narró nació el 29 de octubre de 1960, se afilió al ISS en el año 1980 y acumuló 876 semanas cotizadas, se trasladó al RAIS en el mes de agosto 1999, debido a que asesores de Porvenir le aseguraron que la AFP contaba con mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional, accediendo a una pensión en fecha anterior a la prevista por el ISS y una cuantía superior, a su vez le manifestó que el ISS sería reformado y se incrementarían los requisitos pensionales, de igual manera el asesor conoció de antemano la información y diligenció el formulario, omitió realizar la proyección pensional, e informarle sobre los aportes voluntarios y el capital mínimo requerido para acceder a la pensión, durante la permanencia en el RAIS nunca se llevó a cabo actividades de asesoría, consultoría u otro tipo de gestión que le permitiera conocer las condiciones reales en que se causaría su derecho pensional, posterior a ello, solicitó a la AFP proyección pensional en la cuál su mesada pensional ascendería a \$877.803 pesos. Frente a su derecho pensional de vejez, cumplió los requisitos el día 29 de octubre de 2017 acreditando 1791 semanas cotizadas. El día 17 de enero de 2020 acudió a la AFP solicitando el traslado de régimen de pensiones, con fundamento en la nulidad de la afiliación por vicio del consentimiento, lo cual fue negado por medio de comunicado del día 04 de febrero de 2020, el día 27 de agosto de 2020 acudió a Colpensiones solicitando el traslado y el día 28 de agosto de 2020 se negó la solicitud. (expediente digitalizado, archivo 02, fls. 01 a 30).

Mediante auto del 16 de junio de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por Colpensiones y la AFP Porvenir se tuvo como indicio grave en su contra conforme a lo que dispone el parágrafo 2 del artículo 31 del C.P.T.S.S (expediente digital, archivo 09).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 10 de abril de 2023 (expediente digital, archivo 27), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO de la señora GLORIA CECILIA MORALES AREVALO identificada con la C.C. 51.635.635, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, a través de PORVENIR S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; lo anterior según lo considerado.

TERCERO: DECLARAR que la demandante señora MORALES ARÉVALO, se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los conceptos que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, traslados de dineros efectuados por las otras administradoras de fondos de pensiones, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, todo lo anterior con sus frutos y rendimientos, debiendo devolver además los gastos y comisiones de administración descontados, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, los cuales deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, según lo expuesto en precedencia.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES, recibir el traslado de fondos que efectúe a favor del demandante la AFP PORVENIR S.A., y a convalidarlos en su historia laboral, conforme las razones expuestas en precedencia.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una, por valor de \$1'000.000 M/Cte.

SEPTIMO: SE ORDENA LA CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES

Como sustento de su decisión, el fondo privado Porvenir omitió el deber de información a la demandante quien no tuvo conocimiento en debida forma acerca de las condiciones del régimen de ahorro individual, ni las distintas modalidades de pensión y demás aspectos relevantes.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones reprocha que en las pruebas documentales se demuestra que hubo una asesoría por lo cuál sería efectivo el traslado, a su vez que ellos son terceros de buena fe y por ello no deberían ser condenados en costas.

La AFP Porvenir S.A. arguye que la demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional, conforme se ve en el formulario de afiliación, dado que fue de manera voluntaria, sin presiones e informada, todo de conformidad con la normativa vigente para la época, en la cuál no se exigía una información, en los términos que fueron reclamados por la demandada. A su vez ella pudo verificar la información por medio de la ley 100 de 1993, es decir que debía actuar con mediana diligencia. A su vez se debe tener en cuenta que el actuar de la AFP ha sido de buena fe y todas las acciones fueron conforme a los presupuestos legales vigentes.

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 19 de julio de 1995 al 31 de agosto de 1999 (Expediente administrativo¹); migró al RAIS, a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 10 de agosto de 1999 (expediente digital, archivo 10, fl. 48)

¹ HL CC 51635635

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.

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). 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 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 el traslado de fondos que se efectúe a favor de la demandante, y a convalidarlos en 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

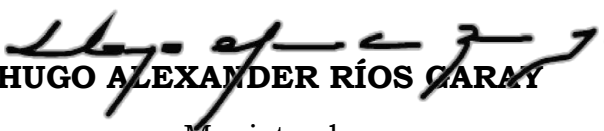
PRIMERO: ADICIONAR el numeral CUARTO de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de abril de 2023, en el sentido de indicar que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: 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
017 2020 00331 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 017 2021 00346 01
DEMANDANTE: HECTOR ALFONSO CAMARGO MESA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de febrero de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 29 de julio de 1998, a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se declare que siempre ha permanecido afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y; se ordene a Porvenir, trasladar los aportes realizados, junto con el pago de intereses y rendimientos generados en la cuenta individual, a Colpensiones. Asimismo, se condene a la AFP Porvenir al pago de costas y agencias en derecho y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 16 de noviembre de 1957, realizó su primera afiliación a riesgos de IVM a Cajanal el 22 de agosto de 1986, hoy UGPP, cotizando al RPM, Colpensiones, a partir del 01 de septiembre de 1995. Afirma que el tiempo cotizado al 16 de noviembre

de 2009 asciende a 666 semanas; a los 52 años ya tenía el 51.23% de semanas cotizadas a Colpensiones, prestó servicios al Sector Público, acumulando un total de 57.86 semanas cotizadas a fecha de 01 abril de 1994. Se trasladó de régimen el 29 de julio de 1998, a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A, en su momento la información suministrada por el asesor fue errónea y no dio a conocer los pros y los contras que generaría el traslado, quien lo indujo a error, sin embargo su decisión no fue informada, autónoma y consiente, debido a la falta de información completa, integral y veraz, le informaron solo que se le devolvería parte del capital como excedente de libre disponibilidad, sin embargo no mencionaron que con ello su pensión se vería afectada. Posteriormente se acercó a la AFP, donde le realizaron la simulación de manera verbal y le informaron que su pensión sería la mínima. Solicitó la anulación de la afiliación, a las demandadas, la cual fue negada (expediente digital, archivo 05 fls. 3 a 26).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante, la solicitud elevada a Colpensiones y su respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de mérito que denominó: perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, inexistencia del derecho, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y, las declarables de oficio. 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; está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad (expediente digital, archivo 08 fls. 03 a 15).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del accionante, la petición elevada y su negativa. Respecto a los demás indicó que no le constan o no son ciertos. Propuso las excepciones previas de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales – ausencia de reclamación administrativa y,

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 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 accionante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; sin que durante su vinculación a la AFP revirtiera su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (expediente digital, archivo 11 fls.2 a 40).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 14 de febrero de 2023 (expediente digital, archivo 17), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, y prescripción, propuestas por las demandadas, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado del señor HÉCTOR ALFONSO CAMARGO MESA identificado con la C.C. 9.519.763, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, efectuado a través de Colpatria, hoy PORVENIR S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que el demandante señor CAMARGO MESA, se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que COLPENSIONES tiene la obligación legal de validar su retorno sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual del demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, traslados de dinero que en su momento hubiesen efectuado las otras AFPS, bonos pensionales, frutos, rendimientos e intereses generados, debiendo también devolver además los gastos y comisiones de administración descontados, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y valores utilizados en seguros previsionales, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados, y con cargo a sus propias utilidades; lo anterior según lo considerado en precedencia.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir ese traslado de fondos que efectúe PORVENIR S.A., a favor del demandante, y convalidarlos en la historia laboral, y adelantar las actuaciones administrativas que correspondan, en procura de obtener la totalidad de dineros que conformaban la cuenta de ahorro del demandante en el RAIS.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación respectiva, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$1'000.000 M/Cte.

SÉPTIMO: Se dispone la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, completa y suficiente al futuro afiliado que le permitiese optar por una decisión debidamente informada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación.

La AFP Porvenir S.A. solicita se revoque la condena en costas, teniendo en cuenta que la línea jurisprudencial solo se aplica de manera diferenciada según supuestos fácticos, teniendo en cuenta que la afiliación se hizo de manera válida, y la AFP cumplió con las normativas exigidas para el año 1998, entonces las declaraciones en su contra y condena en costas, desconocen el principio de retroactividad de la ley y seguridad jurídica. Los rendimientos son sumas privativas, lo cual se configuraría en enriquecimiento sin causa a favor de un régimen de prima media que se terminó beneficiando de una administración que no hizo precisamente por los periodos que hoy sí pretenden anular, teniendo en cuenta que el fondo ha actuado como un agente oficioso involuntario, por lo cual se estarían entregando rendimientos superiores a los que hubieran tenido los aportes en caso de haber sido gestionados por el encargado; ahora bien, es necesario autorizar el descuento de las restituciones mutuas a que haya lugar, sin lugar a la indexación de dichos recursos. Finalmente, deberá desestimarse la condena en costas, puesto que Porvenir concurre a este trámite en estricto apego a la normativa procesal y en ejercicio de su derecho de defensa.

Por su parte, Colpensiones reprocha la condena en costas, la que considera improcedente de acuerdo a la naturaleza del proceso, puesto que al accionante no le asiste derecho a retornar al régimen de prima media de

acuerdo con la prohibición de la Ley 100 de 1993, salvo por decisión judicial; además, Colpensiones es tercero de buena fe.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos*

los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

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

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

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

afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 19 de septiembre de 1995 al 31 de julio de 1998 (expediente administrativo¹, fls.31); y migró al RAIS, a través de la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A mediante la suscripción de formulario de vinculación del 29 de julio de 1998 (expediente administrativo², fl. 30).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante señaló que estuvo solicitando a Porvenir S.A. la pensión de vejez, averiguó al respecto, pero no pasó la solicitud, debido a que le informaron que su pensión era la mínima. Afirma que se encontraba en la empresa, en la cual llegaron los asesores de Colpatria, buscando que se pasaran al fondo privado, un asesor le dio indicaciones respecto a que obtendría una mejor pensión, que se podía pensionar antes y, que el Seguro Social se iba a acabar, sin

¹ GJR-NOT-AF-2020_9085334-20200914032911.

² GJR-NOT-AF-2020_9085334-20200914032911.

embargo nunca le comunicó los aportes que tenía en el ISS; tampoco le brindó información respecto al bono pensional, rendimientos financieros, la cuenta de ahorro individual, requisitos para acceder a la pensión o aportes voluntarios. Por ello no era consciente de que se estaba trasladando de régimen pensional al momento de firmar el formulario. La reunión con el asesor fue de manera individual y duró aproximadamente 10 minutos. Ha recibido extractos cada tres meses, pero no ha recibido ninguna otra información al respecto, por lo que se sintió engañado respecto al monto de su pensión en 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 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 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 Colpatria, hoy 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 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 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 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 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; como se indicó en la parte resolutive de la providencia de primer grado.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a las demandadas de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, las administradoras resultaron derrotadas, pues además de declararse la ineficacia del traslado, a Porvenir se condenó a trasladar todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual del demandante y, a Colpensiones se le ordenó recibir el traslado de fondos que se efectúe a favor de éste, y a convalidarlos en 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: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de febrero 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: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



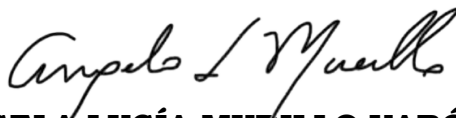
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN:	110013105 020 2019 00350 01
DEMANDANTE:	ALBEIRO EMILIO GIL PÉREZ
DEMANDADO:	FUNDACIÓN CENTRO DE INVESTIGACIÓN, DOCENCIA Y CONSULTORÍA ADMINISTRATIVA “F-CIDCA” y, APVA S.A.
LITIS	
CONSORCIO	SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S. –
NECESARIO:	SAE

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para obtener el pago de aportes a salud, riesgos laborales, pensión y, compensación familiar, desde febrero de 2017 hasta que el pago se verifique; junto con los intereses de mora que liquide cada entidad; el cálculo actuarial de la suma adeudada y; se apliquen las sanciones correspondientes al empleador. Asimismo, se condene al pago de salarios, auxilio de transporte, dotaciones y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que labora con la Fundación demandada, mediante contrato de trabajo a término indefinido, desde el 2 de octubre de 2000, desempeñándose como Auxiliar de Archivo en Gestión Documental, con una asignación mensual de \$1'315.474; no obstante,

desde febrero de 2017, la demandada no cumple con el deber legal de pago de los aportes a seguridad social integral, pese a realizar los descuentos de nómina para tal fin. Aduce que durante la vigencia del contrato no se llevó a cabo modificación alguna, de conformidad con lo estipulado en el contrato para modificaciones. Que el último pago de nómina que se le realizó fue en diciembre de 2018 y; que la fundación no ha cumplido con el suministro de dotaciones desde el año 2014. En respuesta a derecho de petición solicitando el pago de los aportes, la demandada manifestó que padece problemas financieros y, que una vez tenga los recursos, hará los pagos.

En lo referente a la inmobiliaria APVA S.A., manifiesta que fue creada con el fin de manejar los bienes inmuebles donde funciona la F-CIDCA y, que pertenecen a la misma familia, siendo investigadas dentro del mismo proceso de extinción de dominio que adelanta la Fiscalía General de la Nación, por el delito de lavado de activos, por lo que el derecho de libre disposición de las dos entidades, le fue suspendido y, se encuentra en Administración de la sociedad de activos especiales SAE S.A.S., quien nombró depositario provisional¹.

Al dar contestación la **Fundación Centro De Investigación, Docencia Y Consultoría Administrativa “F-CIDCA”**, se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos los aceptó en su integridad. Propuso las excepciones de falta de integración del Litis consorcio necesario, falta de legitimación en la causa por activa, fuerza mayor, buena fe, entrega de dotación y ausencia de perjuicios por no entrega de los mismos y, prescripción de derechos. En su defensa, señaló que la fundación pagará los salarios, prestaciones sociales y vacaciones del actor, en la medida en que tenga flujo de dinero, dada su precaria situación económica. Que la entidad se encuentra intervenida por el Estado en un proceso de extinción de dominio, de ahí que se haya incurrido en mora de los aportes al sistema de seguridad social integral; no obstante, asumió el riesgo directo de las vicisitudes negativas de salud del actor, sin que se hayan presentado; en lo referente a los aportes a pensión, aduce que son imprescriptibles y que

¹ 01 2019-350 FL89_pagenumbr//Demanda inicial: fls.2 a 9// Reforma: fls. 53 a 54.

Colpensiones deberá adelantar el respectivo cobro ejecutivo y; en cuanto a dotaciones, que realizó la entrega de calzado y overoles, que el actor utilizó durante la prestación del servicio, sin que haya sufrido perjuicio alguno².

Por su parte la sociedad **APVA S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Manifestó no constarle los hechos. Propuso las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de relación contractual y cobro de lo no debido e, inexistencia de la solidaridad en virtud del artículo 34 del C.S.T. En su defensa argumentó que el demandante no ha tenido, ni tiene vínculo laboral, civil o comercial con esta sociedad y, que no puede aplicársele la solidaridad del artículo 34 del C.S.T., al no darse los supuestos para que ésta se configure, toda vez que los objetos sociales de las empresas son diferentes y, no tiene relación contractual alguna con la fundación CIDCA³.

Mediante auto proferido en audiencia del 24 de junio de 2021, se dispuso conformar el litisconsorcio necesario con la **Sociedad de Activos Especiales - SAE**⁴. Quien, al contestar, se opuso a cualquier pronunciamiento de una condena en solidaridad respecto de las acreencias que se reclaman en la demanda. Manifestó ser cierto que la sociedad APVA S.A. ejerce dentro de su objeto actividades inmobiliarias realizadas con bienes propios o arrendados, que las sociedades demandadas se encuentran inmersas en un proceso de extinción de dominio y, que la SAE les nombró un depositario provisional. Frente a los hechos restantes, tanto de la demanda inicial como de la reforma, indicó que no le constan. Propuso como excepciones de mérito las de improcedencia de una condena en contra de la sociedad de activos especiales S.A.S., inexistencia de relación laboral, inexistencia de responsabilidad solidaria, deber de hacerse parte en el proceso de extinción de dominio para obtener el pago de obligaciones laborales, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y, prescripción.

² 01 2019-350 FL89_pagenumber//Fls.48 a 52.

³ 05 2019-350 ord (fl 96.117) contestacion apva 13-05-2021//fls. 3 a 10.

⁴ 10 11001310502020190035000 AUDIENCIA ART 77 Y 80 CPTSS 24 JUNIO 2021 A LAS 9_00 AM-20210624_092205-Grabación de la reunión.

Argumentó como defensa que las pretensiones no se dirigen en su contra, puesto que nunca ha sostenido relación alguna con el demandante. Además, la SAE, no se encuentra en ninguna de las circunstancias que establece el código para que exista solidaridad, la que solo se configura, para el caso de las obligaciones de tipo laboral en aquellos casos que indican los artículos 34 a 36 del C.S.T., ninguno de los cuales se ajusta al papel de secuestre que le asigna la ley 1708 de 2014. Finalmente, aduce que el nombramiento de un depositario provisional o la entrega en destinación o administración provisional, implica la administración del bien, de acuerdo a su naturaleza, con el objeto de que continúe siendo productivo y generador de empleo, lo cual de ningún modo implica que las relaciones laborales se le trasladen, porque ésta actúa como administradora del FRISCO, quien no puede ser ni representante ni sustituto del empleador y; aun cuando las sociedades objeto de un proceso de extinción de dominio, pasen a disposición del FRISCO, continúan siendo personas jurídicas distintas, tanto del fondo que las reúne, como de la entidad que administra, continuando además todas las obligaciones en cabeza de las primeras⁵.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., por auto proferido en audiencia del 8 de noviembre de 2021, aceptó el desistimiento de la demanda respecto de la sociedad APVA S.A., condenado en costas al demandante y, mediante fallo, resolvió⁶:

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor Albeiro Emilio Gil Pérez y la Fundación Centro de Investigación, Docencia y Consultoría Administrativa “F-CIDCA”, se ejecutó un contrato de trabajo entre el 2 de octubre de 2000 al 30 de diciembre 2020, con un contrato a término indefinido, desempeñando el cargo de auxiliar de archivo en gestión documental, devengando como último salario la suma de \$1.315.474 mensuales, por lo considerado en esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la Fundación Centro de Investigación, Docencia y Consultoría Administrativa “F-CIDCA” a pagar a favor del demandante y ante la Administradora Colombia de Pensiones – Colpensiones, los correspondientes aportes a seguridad social en pensiones a partir del 1º de febrero de 2017 y hasta

⁵ 12 2019-350 fl 180-242 contestacion activos especiales 26-08-2021//fls.3 a 20

⁶ 18 11001310502020190035000 AUDIENCIA ART 80 CPTSS 8 NOVIEMBRE 2021 A LAS 3_00 PM-20211108_151051-Grabación de la reunión.

el 30 de diciembre del año 2020, de conformidad con lo considerado en esta providencia. Para el efecto, Colpensiones realizará el cálculo correspondiente, con el fin de que F-CIDCA haga el pago a que haya lugar.

TERCERO: CONDENAR a la Fundación Centro De Investigación, Docencia Y Consultoría Administrativa “F-CIDCA”, a pagar en favor del demandante los siguientes conceptos:

- Salario: \$11.839.228
- Cesantías \$1.315.474
- Intereses a las cesantías \$157.901
- Prima de servicio \$1.315.474 y,
- Vacaciones \$657.737.

CUARTO: ABSOLVER a la Fundación Centro De Investigación, Docencia Y Consultoría Administrativa “F-CIDCA”, de las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: ABSOLVER a la Sociedad de Activos Especiales – SAE, de todas y cada una de las prestaciones de esta demanda.

Finalmente, COSTAS correrán a cargo de la Fundación Centro De Investigación, Docencia Y Consultoría Administrativa “F-CIDCA” y, a favor de la parte demandante. Tásense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como sustento de su decisión, señaló que estando probado el vínculo laboral entre el demandante y la fundación demandada, hasta el 30 de diciembre de 2020, encontró lugar al pago de salarios y prestaciones por el último año y, respecto de los aportes a seguridad social y dotaciones, al no estar probado perjuicio alguno, solo resultó procedente el correspondiente al fondo de pensiones, advirtiendo que la sanción del artículo 314 de la Ley 1819 de 2016, compete exclusivamente a la UGPP.

Con relación a la Sociedad de Activos Especiales, indica que ésta solo dispone las medidas cautelares y de administración, pero la sociedad intervenida F-CIDCA continúa con sus administradores representantes legales, que si bien son nombrados por la SAE, no quiere decir que sea la responsable del pago de las obligaciones y compromisos de la sociedad intervenida, que es quien continúa como titular de los derechos y obligaciones, sin que se trasladen a la SAE, ya que esta sociedad como administradora del FRISCO, no es representante ni sustituto del empleador, pues nombra justamente un administrador forzoso, para que pueda continuar con el desarrollo de su objeto social, o entrar a su proceso de liquidación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante apeló la decisión, argumentando que: *“se encuentra de manifiesto una indebida aplicación de las normas en atención a lo referido en cuanto a la condena por no consignación de las cesantías y, de la misma manera, señores honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, en lo referente a las demás condenas y, también en lo referente a lo de la solidaridad. El suscrito comparte parcialmente las apreciaciones realizadas por el despacho, sin embargo, pues, gravitará y ampliará lo correspondiente al recurso de apelación en cuanto a la solidaridad, en cuanto a indebida aplicación de las normas y, en cuanto a la indebida apreciación de las pruebas”*⁷.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que, de lo que se extrae del recurso, en concordancia con la decisión proferida en primera instancia, corresponde dilucidar la responsabilidad solidaria de la demandada y, la obligación de responder de la llamada como Litis consorte necesario, Sociedad de Activos Especiales – SAE.

Para dilucidar el planteamiento, se advierte que no fue objeto de controversia y se encuentra demostrada la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre Albeiro Emilio Gil Pérez y la Fundación Centro de Investigación, Docencia y Consultoría Administrativa “F-CIDCA”, del 2 de octubre de 2000 al 30 de diciembre de 2020; devengando un último salario mensual de \$1'315.474; que generó en favor del accionante el pago de salarios insolutos, prestaciones sociales, vacaciones y, aportes al fondo de pensiones; pues así fue declarado en primera instancia, sin que fuera objeto de reproche.

⁷ Transcripción literal de la sustentación realizada por el apoderado del demandante.

De la responsabilidad solidaria de la Sociedad de Activos Especiales – SAE.

Arguye el recurrente en sus alegatos, que la demandada Sociedad de Activos Especiales – SAE, es quien tiene bajo su responsabilidad la totalidad del manejo y control de la F-CIDCA, por ende, le asiste la responsabilidad del cumplimiento de los principios que deben proveer quienes ostentan la calidad de administradores; asimismo que, como garante de la institución educativa, la SAE está llamada a asumir solidariamente las obligaciones laborales del trabajador.

Para dilucidar el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, sea lo primer precisar que la responsabilidad solidaria en materia laboral, está consagrada en los artículos 34 y 36 del Código Sustantivo de trabajo. En este sentido, el primero de los preceptos, dispone:

1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

Ha decantado la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia que si bien el contratista independiente es el verdadero empleador, el beneficiario de la obra está llamado a responder por las prestaciones e indemnizaciones debidas al trabajador, en virtud de la solidaridad (CSJ SL 7473-2017), y para establecer esta obligación, es menester que la actividad específica desarrollada por el contratista este directamente relacionada con

el renglón económico principal del beneficiario y cubrir una función normalmente desarrollada por este (CSJ SL 18360-2017).

A su vez, el artículo 35 *ejusdem*, preceptúa:

1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.
2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.
3. El que celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.

Por su parte, el artículo 36 *ibídem*, consagra:

Son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.

Pues bien, en el caso bajo estudio es verdad probada que, la Fiscalía 31 de la Unidad Nacional para la Extinción de Derecho de Dominio y Contra el Lavado de Activos, mediante proveído del 1º de noviembre de 2007, ordenó la iniciación del trámite de extinción de dominio, entre otros, de los bienes pertenecientes al señor Álvaro Enrique Barrera Marín y su grupo familiar, entre los que se encuentra la sociedad Fundación Centro de Investigación, Docencia y Consultoría Administrativa “F-CIDCA”, disponiendo el embargo, secuestro y la consecuente suspensión del poder dispositivo de los bienes; diligencia llevada a cabo el 9 de noviembre siguiente y; que en virtud de lo anterior, la Dirección Nacional de Estupefacientes, en calidad de secuestre, por virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 793 de 2002, nombró el correspondiente depositario

provisional; asumiendo entonces, la calidad de administradores de la sociedad demandada⁸.

Es así como el referido artículo 12 de la Ley 793 de 2002, modificado por el 80 de la Ley 1453 de 2011, estableció que los bienes muebles e inmuebles sobre los que se adopten medidas cautelares quedarán de inmediato a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes, a través del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado –Frisco-. A su vez, el parágrafo 2, del artículo 88 de la Ley 1708 de 2014, estableció que el FRISCO será el secuestro de los bienes, sobre los que en el pasado se hayan adoptado o se adopten medidas cautelares, los cuales quedarán de inmediato a disposición de ese fondo; del que funge como administrador la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. – SAE (artículo 90, Ley 1708 de 2014).

En los términos referidos y, en concordancia con los artículos 2273 y siguientes del Código Civil, los susodichos secuestros judiciales tienen las mismas facultades y deberes del mandatario, asumiendo la calidad de administradores y, en últimas, simples representantes legales. En este entendido, el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo, señala:

Son representantes del {empleador} y como tales lo obligan frente a sus trabajadores además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas:

a) **Las que ejerzan funciones de dirección o administración**, tales como directores, gerentes, **administradores**, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del {empleador};

b) Los intermediarios.

Bajo las anteriores precisiones, se desprende que, la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. – SAE, tras la medida de secuestro decretada sobre la fundación demandada, asumió su rol legal como secuestro o administrador del empleador, por lo que simplemente lo representa, pero

⁸ 12 2019-350 fl 180-242 contestacion activos especiales 26-08-2021// fls.23 a 63

en manera alguna lo sustituye en los contratos de trabajo o en las obligaciones contractuales laborales, respecto de sus trabajadores.

Así lo ha explicado de antaño la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de indicar que quien actúa como representante o mandatario de la empleadora, esa condición no la hace responsable de las obligaciones laborales a cargo de aquélla, en la medida en que el representante laboral no asume la condición de empleador, ni tampoco, desde luego, las responsabilidades que competen a quien representa (CSJ SL, 17 feb. 2009, rad. 30653). Y que, por el hecho de ser representado por un tercero, el empleador no transfiere, ni puede exigir, el compromiso de cubrir las acreencias laborales de los trabajadores, ni estos pueden demandar su cumplimiento de los representantes del empleador, ya que ellos no tienen responsabilidad personal, dada su calidad de simples gestores o administradores. *“Un gerente, un administrador, un director o un liquidador, como son algunos de los ejemplos que prevé el artículo 32 citado, no se convierte en empleador de los trabajadores, pues continúa tal carácter en el dador del empleo, aún cuando delegue determinadas funciones, como las de contratar personal, dirigirlo, darle órdenes e instrucciones específicas respecto a la forma de la prestación del servicio o de la disciplina interna del establecimiento o entidad. Tampoco, aquella norma desplaza o asigna algún tipo de responsabilidad en materia de las obligaciones laborales, y por ello, mal podría predicarse una solidaridad, a la que aspira el recurrente”* (CSJ SL, 25 may. 2007, rad. 28779).

En este sentido, al estudiar un caso similar al que ahora ocupa la atención de esta Sala, en sentencia SL3901-2018, Radicación N.º 50062, la alta Corporación, explicó:

En tal sentido, se reitera, el administrador y representante legal, que fue el papel que le atribuyó el Tribunal a la Dirección Nacional de Estupefacientes y a los depositarios provisionales, no asume las obligaciones laborales de la empresa, ni se convierte en empleador, sino que simplemente lo representa en el ejercicio de los atributos del contrato de trabajo.

5. Esa regla no es diferente en tratándose de medidas cautelares decretadas en el curso de procesos de extinción de dominio, pues, por

mandato de los artículos 5 de la Ley 785 de 2002, 2 del Decreto 1461 de 2000 y 12 de la Ley 793 de 2002, como lo reconoció el mismo Tribunal, la Dirección Nacional de Estupefacientes es un simple secuestre, representante legal y administrador, que funge como mandatario para el cumplimiento de esos roles, pero que no sustituye a la empresa o recrea nuevos entes sociales.

Así también lo reconoció la Corte Constitucional en las sentencias C 1025 de 2004 y C 030 de 2006, en las que precisó que la Dirección Nacional de Estupefacientes ocupa el lugar de los socios y directivos, pero no subroga a la sociedad, además que la medida cautelar es simplemente precautoria o preventiva, de manera que, por sí sola, no afecta el derecho de dominio o la existencia de la persona jurídica intervenida. En la primera de las referidas decisiones, explicó la Corte Constitucional que:

*La existencia de medidas cautelares que transitoriamente saquen del comercio jurídico bienes muebles e inmuebles, cual sucede con el embargo y secuestro de los mismos en el proceso civil, no serían ni por asomo una medida confiscatoria. Del mismo modo, tampoco lo es que en el proceso de extinción de dominio sobre bienes presuntamente adquiridos con ilicitud, el Estado ordene que mientras se encuentre pendiente una decisión definitiva en la sentencia correspondiente que resuelva sobre la pretensión, tales bienes no puedan ser objeto de actos dispositivos, de administración o de gestión, pues precisamente en ello consiste la medida cautelar que, como salta de bulto, no es pena, **ni tampoco tiene la fuerza jurídica que permita concluir que en virtud de ella se traslada la titularidad del derecho de dominio al Estado como consecuencia de un delito y sin indemnización**, que es lo propio de la confiscación. (Resalta la Sala).*

En la sentencia C 740 de 2003 también indicó la Corte Constitucional que:

*Para contestar este cargo hay que indicar que las atribuciones de administración que se le confieren a esa entidad son compatibles con la facultad de ordenar medidas cautelares y con la índole de éstas en cuanto mecanismos orientados a asegurar la posterior realización de los fines del proceso de extinción de dominio. Si la Fiscalía General, con base en la investigación realizada, consigue pruebas que le permiten inferir razonablemente que determinados bienes pueden ser objeto de extinción de dominio, debe abrir investigación y puede practicar medidas cautelares sobre tales bienes o solicitarle al juez que las ordene, pues de ésta manera se evita que se oculten o sometan a transacciones orientadas a eludir la acción de la justicia. **Decretadas tales medidas, la Dirección Nacional de Estupefacientes se desempeña como secuestre o depositario de tales bienes y sobre éstos debe cumplir actos de administración.***

*En este marco, lo que hacen los citados apartes del artículo 12 de la Ley 793 es determinar las facultades que le asisten a esa entidad como administradora de los bienes afectados al proceso de extinción de dominio y **orientarlas al mantenimiento de la capacidad productiva y del valor de esos bienes. Adviértase que el ejercicio de esas facultades beneficia no sólo al Estado, en caso de prosperar la extinción, sino también a Radicación n.º 50062 SCLAJPT-10 V.00 28 los afectados, en caso de no haber lugar a ella, pues en uno y otro eventos se evitan pérdidas***

derivadas de la falta de explotación económica de los bienes.
(Resalta la Sala).

Así las cosas, conforme a los preceptos legales y jurisprudenciales enunciados, se advierte que el ordenamiento jurídico no consagra para casos como el presente, la responsabilidad solidaria, pues nótese que la Sociedad de Activos Especiales – SAE, solo ejerce como un representante en los términos del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo.

Y es que tampoco puede decirse que, se haya configurado la solidaridad de los artículos 34 o 36 la norma laboral sustantiva, si se tiene en cuenta que no ejerció la SAE en momento alguno actividades de empleador, no se contrató entre ésta y la fundación CIDCA la prestación de un servicio, la ejecución de una obra o la producción de determinados bienes, ni el demandante en calidad de trabajador de la fundación adelantó la ejecución de actividades en desarrollo de algún contrato en favor de la SAE, como beneficiaria de un servicio, obra o de la producción de bienes, para que en ese entendido se pudiera considerar como su trabajador, en los términos del mencionado artículo 34; pues aquí por el contrario, no concurrió ninguno de los elementos que configuran una verdadera relación de trabajo.

Ahora bien, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal, la Fundación Centro de Investigación Docencia y Consultoría Administrativa -F-CIDCA- es una institución de educación superior privada, de utilidad común, sin ánimo de lucro y su carácter académico es el de Institución Tecnológica, con personería jurídica reconocida mediante Resolución No. 4124 de 1984-04-24, expedido por el Ministerio de Educación Nacional⁹.

Por su parte, la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. - SAE, es una sociedad de economía mixta del orden nacional autorizada por la ley, de naturaleza única y sometida al régimen del derecho privado, de acuerdo con las políticas trazadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes o su

⁹ 01 2019-350 FL89_pagenumber//fl.46

equivalente, con el objetivo de fortalecer el sector justicia, la inversión social, la política de drogas, el desarrollo rural, la atención y reparación a víctimas de actividades ilícitas, y todo aquello que sea necesario para tal finalidad¹⁰; que tiene por objeto adquirir, administrar, comercializar, intermediar, enajenar y arrendar a cualquier título, bienes muebles, inmuebles, unidades comerciales, empresas, sociedades, acciones, cuotas sociales y partes de interés en sociedades civiles y comerciales, sin distinción de su modalidad de constitución, así como el cobro y recaudo de los frutos producto de los mismos, respecto de los cuales se haya decretado total o parcialmente medidas de incautación, extinción de dominio, comiso, decomiso, embargo, secuestro o cualquier otra que implique la suspensión del poder dispositivo en cabeza de su titular o el traslado de la propiedad del bien a la Nación, por orden de autoridad competente conforme a los procedimientos establecidos por la ley para tales fines¹¹.

De conformidad con lo anterior, se verifica de manera palmaria que los objetos de las sociedades de las que se depreca solidaridad, no guardan similitud, por lo que tampoco se configura la responsabilidad solidaria consagrada en el artículo 36 del C.S.T., pues para que ésta se configure, si bien no se requiere identidad absoluta, al menos sí, que exista una correspondencia entre los objetos sociales de las empresas convocadas a juicio.

Lo anterior resulta suficiente para concluir acertada la decisión de primera instancia en cuanto estimó que la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. – SAE, no debe responder de manera solidaria por las acreencias laborales adeudadas al accionante por la Fundación CIDCA. En consecuencia, atendidos los argumentos de apelación, la Sala confirmará la sentencia del *a quo*.

¹⁰ Artículo 90, Ley 1708 de 2014

¹¹ Artículo 1.2.2.7., Decreto Único Reglamentario 1068 de 2015

De los otros puntos de apelación

Finalmente, cumple precisar que, si bien en el recurso de apelación se hizo mención a “*una indebida aplicación de las normas en atención a lo referido en cuanto a la condena por no consignación de las cesantías y, (...) “en lo referente a las demás condenas”,* de una parte, la no consignación de las cesantías no fue objeto de pronunciamiento en primera instancia, en tanto que, ni siquiera fue solicitado en el libelo, sin que el juez de segundo grado tenga facultades extra y ultra *petita* y; de otra parte, el recurrente se limita a hacer esas menciones, pero omite fundamentar las razones de su inconformidad, para dar lugar al estudio ahora en esta instancia en los términos del artículo 66ª del C.P.T. y de la S.S.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

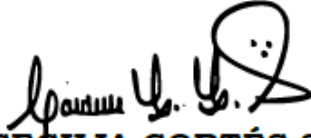
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2021 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



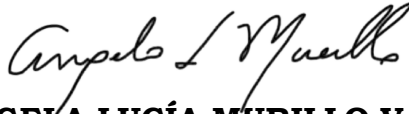
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GABAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

020 2019 00350 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 20 2021 00087 01.
DEMANDANTE: FLOR CECILIA JIMENEZ JIMENEZ
DEMANDADO: CINDY LORENA RIVERA ZUÑIGA y EL PASO DEL ANGEL GOURMET SAS.

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de enero de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió proceso ordinario laboral para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal desde el 7 de febrero de 2017 al 21 de septiembre de 2018, terminado por causas imputables al empleador. En consecuencia, se condene a la parte demandada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones; indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria, aportes al sistema general de seguridad social integral en salud, pensiones y riesgos laborales; indexación; costas y agencias en derecho y; lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 7 de febrero de 2017 fue vinculada como auxiliar de cocina en las instalaciones del restaurante El Paso del Ángel Gourmet SAS y, de forma simultánea, para laborar en el servicio doméstico a favor de la señora Cindy Lorena Rivera Zúñiga, como

persona natural; estableciendo las condiciones de forma verbal y sin duración de la relación; inicialmente para trabajar en turnos de lunes a sábado, de 8:30 de la mañana a 5 de la tarde, con salario diario de \$41.500, cancelados por el día laborado. La labor encomendada fue ejecutada de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo con el horario de trabajo señalado por éste, en las instalaciones del restaurante de propiedad de la demandada y, en su lugar de residencia. Entre el 30 de diciembre de 2017 y el 7 de febrero de 2018, la demandada le dio vacaciones no remuneradas. Cuando regresó, se modificó de manera unilateral por la empleadora la jornada de trabajo, a 3 veces por semana, los días lunes, miércoles y viernes, y un salario de \$50.000 por día laborado. El 21 de septiembre de 2018, la demandada da por terminada la relación laboral sin argumentar razones legales. Aduce que no fue afiliada ni se le pagaron aportes a seguridad social integral; no le pagaron prestaciones sociales ni los demás derechos que por ley le asisten, ni fue afiliada a fondo de cesantías (*expediente digitalizado 01 fls. 1 a 10*).

El demandado rechazó el éxito de las pretensiones. Aceptó la prestación de servicios de la demandante como auxiliar de cocina con el Paso del Ángel Gourmet SAS, en sus instalaciones, de manera verbal, sin término de duración, los extremos temporales de inicio y terminación, los turnos y salario para cada año, la prestación personal del servicio, la terminación sin argüir razón y, la falta de afiliación a un fondo de cesantías. Formuló las excepciones de inexistencia del demandado y, falta de legitimación en la causa por pasiva. En su defensa, sostuvo que la única relación laboral existente de la señora Zúñiga con la demandante, fue en calidad de representante legal y jefe directa en el Paso de Ángel Gourmet S.A.S., y no de manera personal. Que no se le pagó aportes a seguridad social, porque ella pidió el favor que le pagaran en dinero para seguir afiliada al SISBEN, que las prestaciones fueron pagadas de manera conjunta y diaria en el salario que era cancelado todos los días con el pago del turno (*expediente digitalizado 05, fls. 1 a 5*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de enero de 2022, resolvió¹:

PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante Flor Cecilia Jiménez y la sociedad demandada El Paso del Ángel Gourmet S.A.S. existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo verbal a término indefinido por el periodo comprendido entre el 07 de febrero de 2017 al 21 de septiembre de 2018, con una última asignación salarial diaria de \$50.000, para desempeñar el cargo de auxiliar de cocina, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia del demandado y falta de legitimación en la causa por pasiva, en cuanto a la persona natural señora Cindy Lorena Rivera Zúñiga, mas no en tanto a la sociedad demandada El Paso del Ángel Gourmet S.A.S. En consecuencia, se absuelve a la demandada señora Cindy Lorena Rivera Zúñiga de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

TERCERO: CONDENAR a la demandada El Paso del Ángel Gourmet S.A.S. a reconocer y pagar las siguientes prestaciones a la demandante Flor Cecilia Jiménez, así:

- Cesantías \$2.580.843
- Intereses a las cesantías \$309.701
- Vacaciones 1.218.750
- Prima de servicios \$2.580.843

CUARTO: CONDENAR a la sociedad demandada el Paso del Ángel Gourmet, a reconocer y pagar a favor de la demandante Flor Cecilia Jiménez Jiménez la indemnización moratoria que trata el artículo 65 del CST, solamente en cuanto a los intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre inversión certificado por la superintendencia financiera, a partir de la iniciación del mes 25 hasta cuando se verifique su pago, toda vez que la reclamación o demanda, fue presentada ante esta jurisdicción el 10 de febrero del año 2021, folio 25, es decir, una vez transcurrido 24 meses desde la terminación del contrato.

QUINTO: CONDENAR a la sociedad demandada el Paso del Ángel Gourmet, a pagar a favor de la demandante Flor Cecilia Jiménez Jiménez los aportes al sistema de seguridad social en pensiones que se deberán consignar al fondo que tenga o que elija la demandante, el cual deberá efectuar el respectivo cálculo actuarial por el periodo del 07 de febrero de 2017 al 21 de septiembre de 2018, teniendo como ingreso base de cotización el salario de \$50.000 diarios.

SEXTO: ABSOLVER a la parte demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra conforme lo expuesto.

SÉPTIMO: COSTAS a cargo de la sociedad demandada. Inclúyase en la liquidación la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente, valor en que se estima las agencias en derecho.

En lo fundamental señaló que no hay discusión en cuanto a la existencia de una prestación personal de servicios de la demandante a la sociedad demandada El Paso del Ángel Gourmet SAS, pues esta situación fue aceptada desde la contestación de la demanda y al absolver el

¹ 10 110013105020210008700.AUD.FALLO.ART.80CPTSS-20220128_082204-Grabación de la reunión

interrogatorio de parte, de tal manera que surge la presunción legal establecida en el artículo 24 del CST, con lo que se presume la existencia del contrato de trabajo con dicha sociedad; más no hay prueba dentro del proceso de que el vínculo hubiese sido también con la señora Cindy Lorena Rivera Zúñiga, como persona natural. En cuanto al salario, la demandada confesó que, para el 07 de febrero de 2018, se modificó en la suma de \$50.000 diarios. Resaltó que, el salario integral no está aceptado en nuestro ordenamiento jurídico para salarios inferiores a 10 mínimos legales mensuales. De la terminación, adujo que, de acuerdo a nuestro ordenamiento laboral sustantivo, la demandante debe traer prueba siquiera sumaria sobre la terminación del vínculo y a la demandada le corresponde desvirtuar esas razones que expone, asunto que no se cumplió de acuerdo a la carga de la prueba que establece el artículo 167 del CGP. Y de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, ha explicado la jurisprudencia que al demandado no le basta aducir en su defensa la ausencia de relación laboral u otra justificación, ni la celebración de otra especie contractual o pacto para ser relevado de la indemnización, por lo que el pago de manera conjunta y diaria con el salario, no está plenamente establecido, además de estar prohibido por el ordenamiento jurídico; empero únicamente condena al pago de los intereses moratorios a partir de la iniciación del mes 25 y hasta cuando se verifique su pago, toda vez que la demanda fue presentada ante esta jurisdicción, una vez transcurridos 24 meses de la terminación del contrato de trabajo.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes apelaron la decisión.

El demandante suplicó condenar también a la señora Cindy Lorena Rivera Zúñiga, representante legal de la sociedad comercial, pues su condición de socia y representante legal, implica a todas luces un reconocimiento de una conducta que genere una responsabilidad solidaria, como propietaria del establecimiento de comercio demandado. Solicita se condene al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin

justa causa, pues no se aporta argumento sobre cuáles fueron las razones para culminar el vínculo laboral, por lo que se tiene que presumir que él mismo no estuvo ligado a una justa causa de las establecidas en el artículo 62 del CST. Finalmente, respecto a la indemnización moratoria, aduce que fue probado que, en el mes de noviembre del año 2018, se presentó reclamación ante el empleador para el reconocimiento y pago de las prestaciones, lo cual efectivamente tampoco ocurrió, lo cual denota a todas luces la existencia de una mala fe.

La parte demandada, solicita revocar la decisión, al argumentar que no fue comprobado que existiera el vínculo laboral entre la persona jurídica El Paso del Ángel Gourmet y la demandante, dado que sí se comprobó, que efectivamente se le pagaban 50.000 diarios, que se manejaban de manera integral y ahí se encontraban pagos, tanto las respectivas prestaciones sociales, como los aportes a la seguridad social, que siempre fueron cancelados y fue un acuerdo al cual se llegó entre las partes. Se comprobó durante el proceso que la señora Cindy Lorena Rivera Zúñiga como persona natural, nunca contrato ni tuvo relación laboral con a la demandante y que, El Paso Del Ángel, fue la única persona que, dentro de los extremos laborales, que tampoco se pudieron probar durante el litigio, fungió como empleador.

IV. CONSIDERACIONES

Procede esta Colegiatura a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si entre las partes existió un contrato de trabajo, del 7 de febrero de 2017 al 21 de septiembre de 2018 y si, en consecuencia, las demandadas están llamadas a pagar acreencias laborales.

i) De la existencia del contrato de trabajo

Sea lo primero señalar que la parte demandada El Paso del Ángel Gourmet al dar respuesta al libelo introductorio, aceptó la prestación

personal de servicios de la demandante como auxiliar de cocina, en sus instalaciones, por turnos y pagando un salario diario.

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

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

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

Ahora en atención al artículo 167 del Código de General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la parte demandante tiene la carga de probar los supuestos fácticos de sus pretensiones. Por ello, si un demandante alega la existencia de una vinculación laboral y solicita los derechos derivados de esta, debe demostrar al menos la prestación del servicio y las fechas entre las cuales ocurrió, para que el juez pueda determinar qué derechos le corresponde y su cuantía. Lo anterior no es un asunto insustancial, pues de esto pueden derivarse diferencias muy significativas en cuanto al monto de las liquidaciones de cada prestación social, la prescripción que pudo afectar algunos de los derechos de los varios contratos, y así mismo el valor de las sanciones o indemnizaciones por mora.

La anterior línea de pensamiento se acompasa con la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado N.º 36748 de 23 de septiembre de 2009, reiterada en SL4408-2014 y SL17135-2016, al señalar:

Ahora, tiene razón la censura cuando afirma que al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, entre ellos los extremos temporales de la relación de trabajo, salario devengado, jornada laboral etc., pues de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa está obligado a probarla; pero establecer en el caso que nos ocupa, si tales aspectos aparecen o no demostrados, es un asunto puramente fáctico y por ende ajeno a la vía escogida para el ataque.

Con el fin de demostrar la prestación personal en el periodo señalado, la demandante aportó certificación expedida por la demandada El Paso Del Ángel Gourmet SAS, que data del 11 de septiembre de 2017, donde da cuenta de su labor en la empresa como auxiliar de cocina, desde hace 8 meses, con un contrato a término indefinido y salario básico de \$850.000 pesos mensuales (*expediente digitalizado 01, fl.18*).

Así mismo, allegó certificado de existencia y representación legal de la sociedad demandada, cédula de ciudadanía de la demandante, derecho de petición dirigido a la demandada persona natural para el pago de las

prestaciones sociales e indemnizaciones sin constancia de radicación y, copia de constancia de afiliación al SISBEN (*fls.13 a 23*²).

Al rendir declaración de parte, la demandante manifestó que, trabajó en El Paso Del Ángel Gourmet y en la casa de Cindy Lorena Rivera Zúñiga, desde el 7 de febrero de 2017 hasta el 21 de septiembre de 2018; que al principio cumplía un horario de lunes a viernes de 8 a 5 de la tarde con un salario diario de \$41500 y, en el año 2018, un horario de 3 días semanales que eran lunes, miércoles y viernes, con un salario de \$50.000 diarios.

Por su parte la demandada, en su interrogatorio de parte, indicó que, la señora Flor Cecilia Jiménez, hacía turnos de trabajo en la sociedad El Paso del Ángel Gourmet S.A.S., como auxiliar de todo, aseo, cocina, como oficios varios; que iba cuando quería, cuando podía, había semanas en que decía que no podía ir, tenía turno libre, no era fijo. Que la certificación de fecha de septiembre del 2017 se la hizo en calidad de un favor porque era conocida de sus padres hace muchos años y, la demandante estaba solicitando un subsidio de vivienda. Afirma que como persona natural nunca tuvo contratos con alguien, todo fue con la sociedad y, todas las personas que le ayudaban y le prestaban algún servicio, fue para la razón social. Manifiesta que era la misma demandante quien se ponía su sueldo, la última vez que prestó algún servicio, le dijo que por \$50.000 y, que eso incluía todas las prestaciones. Que la actora no tenía tiempo ni espacio para tener un trabajo fijo y estable, pues, tiene entendido que trabajaba en muchos lugares; no cumplía horario, no iba todos los días o días fijos, de hecho, había hasta semanas que no iba o llegaba en los horarios que quería.

Del análisis conjunto de los medios de prueba estima la Sala que, se logró demostrar claramente la prestación de servicios por parte de la demandante al servicio de la sociedad demandada, pues la misma ni siquiera fue negada por la pasiva, como quedó visto, quedando establecida la prestación personal del servicio de la demandante para El Paso del Ángel Gourmet, sin que se pueda entender desvirtuada, máxime cuando

² Expediente digitalizado 01 2021-087 ORD-FLS.1-26.Demanda y anexos

desde la contestación al libelo fue aceptada la vinculación con El Paso del Ángel Gourmet, sus extremos, cargo, turnos y salario; lo que se corroboró con la prueba documental que reseña la existencia del contrato a término indefinido con la empresa como auxiliar de cocina; además, de ser confesado con las declaraciones de las partes.

Demostrado lo anterior, obra a favor de la actora la presunción que dicha labor se encontraba regida por un contrato de trabajo, independientemente del nombre con el que la hubieren pactado, correspondiéndole al empleador probar que la relación fue independiente y sin subordinación, es decir, acreditar el hecho contrario al presumido, situación que no alcanza a materializarse en el examine con el argumento de la demandada referente a que la accionante iba cuando quería y que no tenía horario, pues esto solo resulta contrario a lo que ya había aceptado y, lo que de tal situación se infiere es que se quiso disfrazar el verdadero vínculo contractual laboral, en el que además, como se estableció, incluso fue pactado el lugar y horario de la prestación del servicio, pues debía presentarse en el restaurante, en turnos de lunes a viernes para el año 2017 y, 3 días a la semana, lunes, miércoles y viernes, para el año 2018.

Así las cosas, como quiera que la realidad se impone a las formas contractuales asumidas o acordadas por las partes, según lo dispuesto por el artículo 53 de la Constitución Nacional, se debe declarar la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y la sociedad demandada El Paso del Ángel Gourmet, tal como lo halló el juez de primera instancia.

ii) De la relación laboral con la persona natural.

No sucede lo mismo respecto de la demandada Cindy Lorena Rivera Zúñiga como persona natural, frente a la que se advierte que, no se demostró que la demandante haya prestado sus servicios de forma personal a su servicio, lo cual no permite a la Sala tener elementos de juicio que posibilite la declaración de una relación laboral en el *examine* y el consecuente estudio de las pretensiones de la demanda en la forma como se alegó por la parte actora. Es así como, desde la demanda la parte

actora adujo que fue vinculada para laborar en el servicio doméstico con la señora Rivera Zúñiga, como persona natural, pero ninguna de las pruebas traídas al proceso dan fe de su existencia.

Nótese que la condición de la señora Cindy Lorena Rivera Zúñiga de socia y representante legal de la sociedad demandada, no implica que tenga una responsabilidad solidaria, como lo arguye el apoderado de la accionante en su recurso. Es así como en los términos del artículo 36 del CST, son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo *las sociedades de personas* y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión; excluyendo de su texto literal a las sociedades por acciones o de capital, como lo es el caso de la aquí demandada, El Paso del Ángel Gourmet S.A.S.

Así lo ha explicado también, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de indicar que la responsabilidad laboral solidaria de los socios aplica únicamente para sociedades limitadas y demás sociedades de personas, pero no se extiende a las sociedades de capital (sentencia 43972 del 7 de septiembre de 2016). En este sentido, en sentencia 39891 del 6 de noviembre de 2013, indicó:

El sistema jurídico laboral no ha desconocido que en la legislación mercantil cada tipo de sociedad compromete de manera diferente la responsabilidad de los asociados frente a terceros y frente a los trabajadores de la empresa. De ahí que el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo establezca que en las sociedades de personas sus miembros son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, pero nada dispone en cuanto a las sociedades de capital y por lo mismo no responsabiliza a los accionistas por las obligaciones laborales.

Cuando el artículo 252 del Código de Comercio establece que en las sociedades por acciones no habrá acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales, y que en la fase de la liquidación solo pueden ejercerse contra los liquidadores, este precepto guarda armonía con el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo y por lo mismo es un error considerar que dentro de ese esquema normativo el juez pueda recurrir al artículo 28 *ibídem* para decir que, como el trabajador nunca asume los

riesgos o pérdidas de su patrono, cuando se produce la disolución o liquidación de una sociedad de capital los accionistas deben hacerse cargo, en forma solidaria, de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo, pues ni el régimen legal laboral extiende a ellos ese tipo de responsabilidad ni puede decirse que los accionistas sean copropietarios de una empresa que se ha constituido y desarrollado bajo la forma propia de las sociedades anónimas.

Y respecto de los representantes legales, el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo, señala:

Son representantes del {empleador} y como tales lo obligan frente a sus trabajadores además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas:

a) **Las que ejerzan funciones de dirección o administración**, tales como directores, **gerentes**, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del {empleador};

de acuerdo a lo anterior, el representante legal de la sociedad, simplemente la representa, pero en manera alguna la sustituye en los contratos de trabajo o en las obligaciones contractuales laborales, respecto de sus trabajadores.

Así lo ha explicado de antaño la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de indicar que quien actúa como representante o mandatario de la empleadora, esa condición no la hace responsable de las obligaciones laborales a cargo de aquélla, en la medida en que el representante laboral no asume la condición de empleador, ni tampoco, desde luego, las responsabilidades que competen a quien representa (CSJ SL, 17 feb. 2009, rad. 30653). Y que, por el hecho de ser representado por un tercero, el empleador no transfiere, ni puede exigir, el compromiso de cubrir las acreencias laborales de los trabajadores, ni estos pueden demandar su cumplimiento de los representantes del empleador, ya que ellos no tienen responsabilidad personal, dada su calidad de simples gestores o administradores. *“Un gerente, un administrador, un director o un liquidador, como son algunos de los ejemplos que prevé el artículo 32 citado, no se convierte en empleador de los trabajadores, pues continúa tal carácter en el dador del empleo, aún cuando delegue determinadas funciones, como*

las de contratar personal, dirigirlo, darle órdenes e instrucciones específicas respecto a la forma de la prestación del servicio o de la disciplina interna del establecimiento o entidad. Tampoco, aquella norma desplaza o asigna algún tipo de responsabilidad en materia de las obligaciones laborales, y por ello, mal podría predicarse una solidaridad, a la que aspira el recurrente” (CSJ SL, 25 may. 2007, rad. 28779).

De los medios de prueba previamente analizados, estima la Sala que, si bien la accionante logró probar que fungió como trabajadora, ejerciendo labores de auxiliar de cocina en la sociedad “El Paso del Ángel Gourmet SAS”, lo cierto es que no aportó medio de convicción alguno que permita concluir que efectivamente prestó sus servicios personales de manera simultánea, continua e ininterrumpida para la demandada Cindy Lorena Rivera Zúñiga, para laborar en el servicio doméstico, como ella lo pretende. Ello en el entendido que ni el demandado, ni la misma demandante, dieron cuenta de tal relación.

En este entendido, estima la colegiatura que la demandante faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, respecto de esta demandada persona natural, como quiera que por ningún medio demostró siquiera que prestó sus servicios; razón por la cual, no se encuentran elementos de convicción que permitan modificar la decisión absolutoria analizada, por lo que la misma será confirmada.

iii) De las prestaciones sociales y aportes a seguridad social.

Reprocha la demandada recurrente las condenas de carácter económico, aduciendo que quedó demostrado que entre las partes se acordó verbalmente que las prestaciones y aportes a seguridad social, se pagaban de manera integral con el salario diario.

Sobre el particular, debe precisar la Sala, que con arreglo al artículo 132 CST, empleador y trabajador pueden convenir libremente el salario en

sus diversas modalidades, no obstante, la forma salarial que admite además de la retribución del trabajo ordinario, la compensación anticipada de las prestaciones sociales, recargos, beneficios, subsidios y suministros en especie, es el salario integral, pero para que dicha estipulación sea válida debe quedar por escrito y, su monto no puede ser inferior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales más el factor prestacional correspondiente a la empresa, que no debe ser menor al 30% de dicha cuantía.

Bajo este entendimiento, atendiendo el valor de \$50.000 diarios, último salario devengado por la trabajadora en el año 2018, fecha para la cual el salario mínimo integral diario fue de \$260.414, toda vez que el salario mínimo mensual vigente para dicha data ascendía a \$781.242; no puede aceptarse como válido que lo percibido por ésta fuera una retribución integral que comprendía el pago de las prestaciones sociales, estipulación que por demás, no se formalizó por escrito, requisito necesario para su configuración.

En este orden de ideas, la actora tiene derecho a recibir prestaciones sociales en virtud del nexo laboral contraído con la demandada, y como al contestar el libelo, la empleadora arguyó haberlas cancelado de manera conjunta y diaria en el salario que era cancelado todos los días, que como se reseñó en precedencia, carece de validez.

Al quedar demostrado un verdadero vínculo contractual laboral entre las partes, queda clara la obligación que estaba a cargo del demandado de pagar aportes a seguridad social en pensión, sin que por el hecho de que, en el decir del empleador, la actora haya aceptado cancelar dicho concepto que le era pagado directamente a ella de manera integral con su pago diario, lo exonere de manera alguna de esta obligación, pues lo que está probado es que existió un contrato de trabajo y que el demandado se abstuvo de afiliar y cotizar en pensión en favor de la demandante, por tanto en aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia lo que corresponde es el pago de los cálculos actuariales respectivos.

Así las cosas, la Sala encuentra acertada la decisión condenatoria contenida en la providencia recurrida, sin lugar a revisar su liquidación al no haber sido punto de apelación.

iv) De la indemnización moratoria

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 2002 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.

A pesar de lo anterior, el Tribunal confirmó el fallo del Juzgado de primer grado que condenó a la universidad demandada por concepto de la indemnización moratoria a “la suma diaria de \$40.000 a partir del 31 de enero de 2003 y hasta cuando se verifique el pago”, lo que indica que no tuvo en cuenta que, como se afirma en el cargo, de acuerdo con el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que debe considerarse ese fallador infringió directamente, al pago de esa suma diaria sólo podía condenarse por los veinticuatro (24) meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, pues, a partir de ese momento se deben los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas por salarios y prestaciones sociales en dinero, liquidados a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.”

(Resaltado de la Sala).

En el presente asunto la relación laboral se extendió hasta el 21 de septiembre de 2018, de conformidad con los medios probatorios obrantes en el expediente y la demanda fue interpuesta el 10 de febrero de 2021 (01 2021-087 ORD-FLS.1-26.Demanda y anexos fl.25), es decir, por fuera de los 24 meses previstos en la norma en cita, por lo que en aplicación también del precedente jurisprudencial procede el reconocimiento a favor del demandante, solamente de los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, pero, contabilizados desde la fecha de la extinción de vínculo jurídico y, en adelante hasta que se verifique el pago de la obligación, y no

como lo ordenó el juzgado de primera instancia a partir del mes 25; y en este sentido se modificará esta condena.

v) De la indemnización por despido sin justa causa.

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 de la demanda, aceptó haber terminado la relación laboral con la demandante sin argumentar razones legales para la decisión, cuando al responder el hecho once, indicó: *“ES CIERTO, de manera unilateral mi poderdante tuvo que prescindir de los servicios de la demandante por ineficiencia en el servicio”*. No obstante, no adujo alguna de las causales de terminación del contrato de trabajo por justa causa contenidas en el artículo 62 del CST.

Así las cosas, se tendrá como injusta la terminación del contrato de trabajo de la accionante, por lo que se revocará la sentencia de primer grado en este punto, para en su lugar condenar a la condenar la sociedad accionada al pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo para los contratos a término indefinido.

Ahora bien, nótese que lo que quedó probado en el proceso, fue que, como último salario devengado por la actora, fue la suma de \$50.000 diarios en razón de 3 días a la semana; lo que resulta en un salario mensual correspondiente a \$642.857, valor sobre el que se calculará la indemnización pertinente. En este entendido, se condena a 30 días de salario por el primer año, y 12 días proporcionalmente correspondientes a los 20 días del segundo año, para una suma de \$900.000.

De conformidad con las anteriores consideraciones, analizados los argumentos de apelación, la Sala revocará parcialmente la decisión

absolutoria de primera instancia, para en su lugar, condenar a la demandada a reconocer indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, en los términos anunciados.

No se causan 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

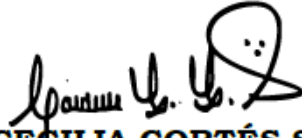
PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 28 de enero de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de que la condena por los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, serán contabilizados desde la fecha de la extinción de vínculo jurídico y, en adelante hasta que se verifique el pago de la obligación.

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente la absolución contenida en el numeral sexto de la sentencia recurrida, para en su lugar, **CONDENAR** a la sociedad demandada a pagar la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa a la demandante, por la suma de \$900.000.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del a quo.

CUARTO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

020 2021 00087 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 020 2021 00104 01.
DEMANDANTE: MARLON ARLEY CORTÉS VAQUIRO.
DEMANDADOS: MILADIS RODRÍGUEZ COLÓN y JOHN
OSWALDO BERNAL SÁNCHEZ.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de junio de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante convocó a juicio a los demandados para que se declare la existencia de un contrato realidad entre las partes, desde el 5 de diciembre de 2018 al 21 de marzo de 2019, terminada sin justa causa. En consecuencia, se ordene a los demandados a pagar solidariamente el valor correspondiente a cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y salarios dejados de percibir; se le retribuyan los aportes realizados al sistema de seguridad social con su respectiva indexación; la sanción moratoria, la indemnización por despido sin justa causa; lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se vinculó a la demandada, el 5 de diciembre de 2018, como instructor de conducción, a través de convocatoria pública abierta y presentando las pruebas de aptitud para el cargo; mediante un aparente contrato de prestación de servicios, a órdenes de la demandada y su establecimiento de comercio

centro de enseñanza automovilística carro de la ciudad, Citycar. Aduce que los pagos de seguridad social eran realizados por la empleadora al descontar de la nómina el 100% del valor a pagar por la planilla de aportes. Sus funciones eran la instrucción de clases de conducción de los clientes del establecimiento de comercio, que se dividían en prácticas, talleres y teóricas, las cuales se desarrollaban bajo los parámetros que ordenaba la empleadora; directamente en el establecimiento y en los sitios de encuentro con los alumnos, que definía su empleador y se los informaba vía WhatsApp; cumplía sus funciones en el lugar y hora indicada por el empleador, con una intensidad mínima de 8 horas diarias, de lunes a sábado y, bajo las instrucciones de sus jefes. Las herramientas de trabajo las entregaba la empleadora, que teniendo en cuenta sus funciones, consistían en un vehículo de instrucción adaptado para ese fin. Recibía como remuneración la suma de \$1'800.000, cancelados quincenalmente. Las clases iniciaban y finalizaban con el registro biométrico de instructor y alumno, registrado en el software del establecimiento de comercio, datos que quedan en el sistema de información del Ministerio de Transporte.

Aduce que el demandado vía WhatsApp imponía multas y, por medio de mensaje de datos le entregaba instrucciones sobre entrega de las planillas de las clases impartidas, días y los horarios en que se debían radicar, so pena de retraso en el pago de nómina. No le fue suministrada dotación; debía asistir todos los días a legalizar los gastos de gasolina. Aduce que solicitó los recibos de pago de seguridad social, sin obtenerlos, por lo que no autorizó más descuentos para cotizar como independiente y realizar el pago por cuenta propia. Manifiesta que no se le realizó el pago de nómina correspondiente al periodo comprendido entre el 16 de febrero y 21 de marzo de 2019, aduciendo que no había autorizado el pago de seguridad social. Fue despedido sin justa causa, sin el proceso disciplinario interno respectivo. El 23 de marzo de 2019 radicó petición del salario adeudado, sin obtener respuesta. Indica que se le descontó el valor de \$1'000.000, aduciendo una avería en uno de los vehículos en los cuales se impartían las clases de conducción, el cual no fue autorizado por él. Citó a conciliación al demandado, sin que asistiera. Finalmente, solicitó al Ministerio de Transporte la relación de horas registradas a su cargo,

encontrando un registro de ACADEMIA MONZA y ACADEMIA SUSUKA, las cuales desconoce y, se encuentran durante el tiempo laborado con la demandada (fls.2 a 14¹).

Al contestar la demandada se opuso al éxito de las pretensiones. Aceptó el proceso de selección adelantado para el cargo de instructor de conducción, las funciones y forma de clases impartidas y, el registro biométrico. Manifestó no ser ciertos los demás hechos. Propuso las excepciones de mérito de buena fe, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y, falta al principio de la lealtad procesal. En su defensa, manifestó que nunca existió una relación laboral, pues siempre se estableció y ejecutó un contrato civil-comercial, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios (fls.9 a 23²).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de junio de 2022, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, absolvió a los demandados e, impuso costas a la parte actora (*archivo 14*³).

En lo fundamental señaló que, aun cuando se acreditó la prestación personal del servicio por parte del demandante, quedó desvirtuada la presunción que dispone el artículo 24 del CST, pues contaba con la autonomía e independencia para desarrollar sus funciones, concluyendo que nunca estuvo expuesto a una subordinación para que se predique un contrato de trabajo; advirtiendo que no cumplió con la carga probatoria que le correspondía en virtud del artículo 167 del CGP.

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 Archivo: 01 2021-104 FL41

² 10 2021-104. fl 113-153 contestación citycar 21-04-2022

³ 14 2021-104. ORD Fls 346 a 347 ACTA AUDIENCIA

totalmente adversa a las pretensiones del demandante es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Colegiatura definir si es procedente declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo y, si en consecuencia tiene derecho al pago de las acreencias laborales reclamadas en el libelo introductorio.

(i) Del contrato realidad

Arguye el demandante haber estado vinculado con los demandados, mediante contrato de trabajo realidad, del 5 de diciembre de 2018 al 21 de marzo de 2019, como instructor de conducción en el establecimiento de comercio Centro de Enseñanza Automovilística Carro de la Ciudad - Citycar. Por su parte, arguyen los demandados que no existió una relación laboral, sino por el contrario, se acordó la existencia y desarrollo de un contrato de prestación de servicios profesionales, que se ejecutó con plena autonomía e independencia por parte del demandante.

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

A su vez, establece el artículo 24 *ibídem*, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, una presunción legal respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo,

correspondiéndole a quien la alega, la acreditación de la prestación del servicio personal, y a quien resiste la pretensión, derribar la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta.

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

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

En el presente asunto, no es materia de discusión la prestación personal del servicio por parte de Marlon Arley Cortés Vaquiro a los demandados, pues así fue aceptado desde la contestación de la demanda, además de constatarse con la documental allegada con la contestación⁴, tales como, el contrato de prestación de servicios de actividades liberales (fls.24 a 29), el documento equivalente a factura No. 493 (fl.34), contrato de transacción por choque simple (fl.35), certificado de retención de ica (fl.36) soportes de transferencias por pago de honorarios (fl.37 a 39) y,

⁴ 10 2021-104. fl 113-153 contestación citycar 21-04-2022

chats de WhatsApp denominado Citycar (fls.40 a 41); así como, el recibo de caja menor allegado con la demanda (fl.19⁵); lo que activa de inmediato la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T., correspondiéndole a la parte demandada desvirtuarla, ya sea mediante la demostración de otro nexo contractual diferente al de trabajo, o acreditando la ausencia de subordinación.

Es así como se recibió la declaración de Leyanis Rodríguez Colón, quien manifestó ser Supervisora General en Citycar, aproximadamente desde el año 2012, en virtud de lo cual conoce al demandante, quien fue instructor en Citycar del 5 de diciembre de 2018 al 14 de marzo de 2019, contratado por prestación de servicios. Manifiesta que no cumplía horario, que para ejercer las labores, los instructores notifican las fechas que desean se haga apertura de agendas, ésta se hace con el departamento de programación y se envía de acuerdo a la solicitud del mismo instructor que la haya realizado; el actor iba los días que solicitaba apertura de agenda; sus funciones eran dictar clases de teoría, práctica y de taller. No se le impartían instrucciones, simplemente se le enviaba la agenda según lo que él hubiera hecho de apertura y, él se encargaba de dictar las clases a los alumnos que habían agendado en su planilla. Dice que al establecimiento los instructores solo se acercan a dejar las planillas, es decir, como la cuenta de cobro diaria. Aduce que el demandante también prestaba sus servicios de instrucción de conducción a otras academias como SUKA y otra, cuyo nombre no recuerda, pero sabe que eran 2; esto no interfiere con la prestación de servicios. En cuanto a la remuneración, manifestó que el pago se realiza por hora de acuerdo al reporte que el instructor haga en sus cuentas de cobro y; que las horas de trabajo dependen de la cantidad de aperturas de agenda que el instructor haya solicitado; se envía foto del agendamiento a WhatsApp. Afirma que no se hacen llamados de atención a los instructores porque son contratistas; que ellos tienen plena autonomía en cuanto a la forma de dictar las clases, entonces no hay un parámetro específico. El demandante no recibía órdenes. Las clases quedan registradas directamente por el instructor en la plataforma del RUNT. En cuanto a la terminación del contrato, manifiesta que el señor

⁵ 01 2021-104 FL41

Cortés simplemente no se volvió a presentar ni a solicitar apertura de agenda.

De las pruebas allegadas, analizadas en conjunto, se advierte que aun cuando existió una prestación personal del servicio, no existen elementos de juicio que posibilite la declaración de una relación laboral en el *examine* en la forma como se alegó por la parte actora. Es así como, del testimonio practicado, se logró acreditar que el demandante fue contratado para la ejecución de una labor de instructor de conducción, en la que al parecer no cumplía horario, organizaba la disponibilidad de sus clases con sus alumnos, e incluso, prestaba sus servicios alternamente para otras academias, tales como *CEA ESCUELA DE AUTOMOVILISMO MONZA EN COPRO* y *ACADEMIA DE AUTOMOVILISMO Y MOTOCICLISMO SUZ*, como se verifica con el registro de clases laboradas expedida por el Ministerio del Trabajo, allegada por el mismo actor en su demanda.

Nótese que, el demandante ni su apoderado, asistieron a las audiencias adelantadas al interior del proceso, por lo que pese a haberse decretado los interrogatorios de parte de ambos extremos, no se pudieron llevar a cabo, ante su ausencia injustificada.

Conforme todo lo dicho, estima la Sala que las pruebas reseñadas y los razonamientos que las acompañan, resultan suficientes para concluir que los servicios desplegados por Cortés Vaquiro, fueron realizados en el marco de un contrato con estirpe diferente al laboral y, que su oficio lo desempeñaba con autonomía e independencia.

En ese orden de ideas, se verifica que el elemento subordinación que es propio de los contratos de trabajo conforme el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, no se presentó en la ejecución de las actividades del demandante, dada la autonomía con que las ejecutó, lo cual desvirtúa la presunción prevista en el artículo 24 del mismo estatuto del trabajo.

En consecuencia, la Sala no cuenta con elementos de convicción que permitan confirmar la existencia de una relación contractual laboral entre las partes, por lo que forzoso resulta confirmar la decisión de primera

instancia, en cuanto absolvió de todas las pretensiones incoadas en la demanda.

No se causan costas en este grado jurisdiccional de consulta.

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

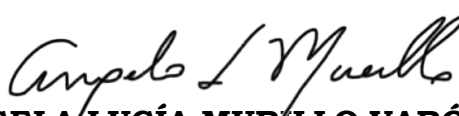
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de junio de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

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 021 2022 00503 01
DEMANDANTE: ÁNGEL ENRIQUE GUEVARA CRUZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de junio de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado efectuado a la AFP Porvenir S.A. en el año 1997. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tenerlo como afiliado en el régimen de prima media con prestación definida, con la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros, cuotas de administración, actualización de su historia laboral y, el bono pensional al que haya lugar. Así mismo, se condene a la AFP a devolver todos los aportes efectuados, junto con los rendimientos financieros, el bono pensional y cuotas de administración a Colpensiones. De igual manera, se condene a las demandadas al pago de las costas, agencias en derecho y, a lo ultra y extra Petita.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 01 de enero de 1967, que fue afiliado inicialmente al ISS hoy Colpensiones, efectuando

cotizaciones desde el día 11 de junio de 1991. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A a mediados de 1997. Aduce que no recibió información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que otorgaban los dos regímenes pensionales (RPMPD y RAIS), en especial no se realizó el estudio de su situación particular, sino que le ilustraron únicamente los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen pensional. Realizando simulación pensional en el régimen de prima media con prestación definida y teniendo en cuenta los aportes efectuados en los últimos 10 años para el año 2022, obtendría una mesada pensional equivalente a la suma de \$5.961.483,80, a su vez, ello arroja un total de 1891 semanas cotizadas; mientras que en la AFP tendría una mesada de \$2'157.700 para cuando cumpla 62 años de edad. Radicó derecho de petición ante Colpensiones el día 04 de febrero de 2022 y, el día 08 de febrero de 2022 la entidad respondió negativamente (expediente digital, archivo 01, fls. 6 a 12).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación y cotizaciones del accionante al ISS, que para la entrada en vigor del Sistema General de Pensiones se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, la data de nacimiento y, la petición elevada con su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las 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, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, no procedencia al pago de las costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, la innominada o genérica. Argumentó que Colpensiones nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre el demandante y la AFP demandada, por ello en el caso de alguna eventual condena, la llamada a responder no sería Colpensiones; el accionante está incurso en prohibición legal de retornar a régimen de prima media en razón de la edad y no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; no

hizo uso del derecho de retracto; y no se configura vicio del consentimiento, y si llegó a existir nulidad, la misma fue saneada en los términos del artículo 1752 del código civil. Aduce que es desproporcional imponer la carga de la prueba a las AFP dado que la afiliación se dio en el año 1997, transcurriendo más de 25 años y a la fecha se configura imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado (expediente digital, archivo 09 fls. 3 a 42).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del demandante, la afiliación con esta AFP y, la simulación pensional. Frente a los demás hechos manifestó no constarle o no ser ciertos y que no comporta un hecho dado que es la manifestación subjetiva por parte del demandante. Propuso las excepciones de buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS y, enriquecimiento sin causa derivada de la omisión de la figura de restituciones mutuas. En su defensa expuso que no hay retroactividad en la norma para exigir obligaciones no existentes en el momento del traslado; a su vez que la ineficacia retrotrae los efectos como si la relación entre las partes no hubiese existido, con ello también deberían desaparecer los beneficios obtenidos; de igual manera, las restituciones mutuas deben ser bilaterales, lo anterior porque de recibir los elementos propios del RAIS, se estaría incrementando el patrimonio de la parte actora generándose así un enriquecimiento sin causa (expediente digital, archivo 08 fls. 3 a 23).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 16 de junio de 2023 (expediente digital, archivo 15), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor ANGEL ENRIQUE GUEVARA CRUZ al régimen de ahorro individual el 01 DE ABRIL DE 1997 con fecha de efectividad el 01 DE JUNIO de la misma anualidad por intermedio de PORVENIR S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado de régimen del demandante tales como -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dinero destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde la afiliación a ese fondo y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor ANGEL ENRIQUE GUEVARA CRUZ. Para ello se concede el término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia. 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 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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, conforme a lo motivado.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS DE ESTA INSTANCIA a las demandadas y a favor del demandante. Liquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de PORVENIR S.A. y la suma de \$200.000 a cargo de COLPENSIONES

SEXTO: CONSULTAR esta decisión con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito de Bogotá D.C., por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada oportunamente

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP omitió el deber de información con el aquí demandante, quien debió haber sido informado de las ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional y demás aspectos, ello permite definir de manera razonable que no se brindó la información de manera clara, suficiente y oportuna para que tomara una decisión plenamente informada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., recurrieron la sentencia.

Colpensiones afirma que respecto a la carga de la prueba han transcurrido aproximadamente 27 años a la fecha configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la decisión de traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental del mismo. Respecto al deber de información, entre 1993 y 2014 no exigían documento diferente al formulario de afiliación donde constaba la

presunta decisión de querer pertenecer al régimen de ahorro individual, debido a que, no se exigía una doble asesoría y este derecho nació de manera posterior al decreto de 1993. Colpensiones es quien tiene que responder por un negocio jurídico ajeno y en un futuro otorgarle una pensión a una persona que no ha estado afiliada al RPM por más de 27 años, ello genera un riesgo en el sistema pensional dejando en desventaja a las personas que si han permanecido dentro del régimen. Se debe tener en cuenta la prohibición legal de traslado en que se encuentra inmerso el demandante en razón a la edad. De manera subsidiaria solicita se condicione el cumplimiento de la condena al retorno de los dineros por parte de la AFP y no se condene en costas.

La AFP Porvenir S.A., teniendo en cuenta que han aceptado trasladar los aportes a Colpensiones, asumiendo la responsabilidad y respetar el derecho de escogencia de la parte demandante al solicitar se reintegren, solicita no ser indexados los traslados de los aportes, dado que dicha indexación estaría generando un detrimento patrimonial, en el sentido que los gastos de administración son los que se están generando como manejo de la AFP, estos gastos lograron incrementar el saldo de la parte actora, con lo que se generaría un enriquecimiento sin 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 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 las 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 11 de junio de 1991 al 30 de abril de 1997 (expediente digital, archivo 10, fls.1 a 6) y, migró al RAIS, a través de la AFP Protección S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación del 01 de abril de 1997 (expediente digital, archivo 08, fl.93).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que en su lugar de trabajo hubo una reunión con los asesores de Porvenir para ofrecerles el traslado, los cuales manifestaron que los seguros sociales, hoy Colpensiones, se iban a liquidar y podrían estar en riesgo los aportes realizados; no le brindaron información, la charla fue de 10 a 15 minutos. Por miedo a que los aportes se perdieran decidió firmar él y otros compañeros de trabajo. Manifiesta que el verificó los datos básicos y procedió a firmar, pero que los campos del formulario en su totalidad fueron diligenciados por el asesor. Afirma que confió en lo que Porvenir le dijo respecto a que la liquidación era igual tanto en el RAIS como en el ISS y que había más facilidad al momento en que se pensionara de legalizar esa pensión. Con posterioridad se acercó a conseguir información, pero le dijeron que no era posible el traslado; posterior a la firma del formulario de afiliación no recibió o acudió a otra asesoría, no le informaron de la cuenta de ahorro individual a su nombre, ni los requisitos para afiliarse, los aportes voluntarios o la pensión anticipada; habló con varios amigos pensionados, quienes le manifestaron que era mejor estar en Colpensiones dado que la liquidación era superior.

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 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 se confirmada 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.

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 declaró como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte y se ordenó trasladarle los recursos con las respectivas consecuencias.

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

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 Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de junio de 2023, en el sentido de **DECLARAR** que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

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
021 2022 00503 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 026 2021 00233 01
DEMANDANTE: LEDY CRISTINA QUIROGA RODRIGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandada Colfondos S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de mayo 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 al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado la AFP Colfondos S.A., y que la única afiliación válida es la efectuada a Colpensiones. En consecuencia, se traslade de manera inmediata a Colpensiones, la totalidad de los saldos a favor, junto con su retorno automático frente a la afiliación, volviendo las cosas a su estado anterior, y que en virtud de ello la AFP Colfondos devuelva a todos los valores que hubiere recibido en condición de última administradora del régimen de ahorro individual, con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses; además de condenar a las demandadas al pago de las costas del proceso y agencias en derecho, y lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 16 de agosto de 1967. Se afilió al sistema general de pensiones ISS, hoy Colpensiones el 04 de abril de 1990. Al mes de abril de 1998 contaba con 293.14 semanas cotizadas, para dicho año trabajaba en la empresa Centro de Ferias Exposiciones y convenciones de Bucaramanga, a su vez en dicho año asesores de AFP Colfondos S.A le ofrecieron la opción de traslado de RPM al Régimen de Ahorro Individual, manifestándole que dicho régimen le permitía acceder a una pensión en fecha anterior a la prevista por el ISS y que podría obtener una cuantía superior, presentando el régimen como el más beneficioso, también le manifestó que el ISS sería reformado y se incrementarían los requisitos para acceder al derecho pensional, además de que se reducirían las tasas de reemplazo, afirmando que el ISS se liquidaría en cualquier momento, sin embargo nunca le informó que su derecho pensional quedaba condicionado a la redención de su bono pensional, tampoco que ello implicaba aceptar una suma inferior a su monto real, afirma que el asesor la atendió de manera personal al cual le brindo distintos datos y condiciones, a su vez este adelantó el traslado de régimen, omitiendo realizar una proyección y que por ello no alcanzaría a completar el capital mínimo requerido para acceder a su derecho pensional, ni de los aportes voluntarios requeridos, a su vez omitió explicar de manera clara y puntual la naturaleza del régimen junto con las implicaciones de su traslado, por lo cual ante la errada expectativa la demandante suscribió el formulario de afiliación a partir de febrero de 1998, sin embargo manifiesta que es claro que de haber conocido los verdaderos efectos de su decisión no hubiese firmado el formulario de traslado (expediente digitalizado, archivo 01 fls 3 a 18).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación al ISS, los aportes realizados y parcialmente ciertas las entidades donde estuvo vinculada y las semanas cotizadas en el ISS. Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y caducidad y las genéricas. Argumentó que la accionante se afilió al RAIS de manera voluntaria y libre conforme al formulario de afiliación con las AFP; no manifestó su deseo de retractarse

de la afiliación y no se configuró vicio del consentimiento. 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. (expediente digital, archivo 10, fls. 02 a 19).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la data de nacimiento de la demandante. Manifestó que los demás 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 de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y, las declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó conforme a la norma para la época sobre las cuales no existía obligatoriedad y fue resultado de la voluntad libre y espontánea de la demandante, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, la nulidad se encuentra prescrita (expediente digital, archivo 14, fls. 02 a 23).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 15 de mayo de 2023 (expediente digital, archivo 19), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante LEDY CRISTINA QUIROGA RODRIGUEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones COLFONDOS S.A a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones COLFONDOS S.A, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL PESOS (\$1'000.000)

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP demandada no logró demostrar que efectivamente brindó una asesoría clara y suficiente, oportuna y transparente sobre las características propias del Régimen de Ahorro Individual y las diferencias con las del Régimen de Prima Media.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colfondos, considera que no resulta ajustada a derecho emitir orden de retornar gastos y comisiones de administración dado que esas sumas de dinero periódicamente se han descontado en la cuenta personal de la demandante, asegura que la ley es quien los autoriza a explotar esas sumas de dinero dado que son descontadas con la finalidad de contratar y pagar pólizas de seguro provisional para riesgos de invalidez y sobrevivencia lo cual no es un actuar caprichoso del fondo, sino que esas permiten otorgar cobertura a la persona al momento de presentarse dichos siniestros, por lo cual no es viable que del propio patrimonio el fondo tenga que retornar unas sumas de dinero que la ley dispone para ser descontadas, lo cual acarrea una doble sanción, quien ha asumido la gestión de administración de la cuenta personal de la afiliada de buena fe, generándose un detrimento en el patrimonio de la AFP y en todo caso si se llegara a considerar, es necesario que se revoque la orden de indexación.

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 ISS, hoy Colpensiones desde el 04 de abril de 1990 hasta el 28 de febrero de 1998 (expediente administrativo¹); y migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos, el 23 de febrero de 1998 (expediente digital, archivo 14, fl. 24).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se encontraba trabajando para el año 1998 con el Centro de Ferias de Bucaramanga, en donde se realizó una charla en la cual, se presentó un asesor de Colfondos hablando sobre los nuevos fondos y se centró en que en el ISS era muy difícil pensionarse y ello coincidía con las noticias que salía en los medios de comunicación. Les informó que podrían obtener mejores rendimientos, y tenían la posibilidad al momento en que falleciera la persona entregar ese dinero a un heredero, afirma que la convenció el hecho de que el ISS estaba muy mal por lo cual pensó que no se podría pensionar, considera que la empresa sirvió de intermediaria, recuerda que les dijeron que la plata no se perdía, sin embargo relata que no recibió información o asesoría sobre el bono pensional, nunca realizaron cálculos individuales, de igual manera no recuerda que se le explicara los requisitos para obtener su pensión de vejez, tampoco recibió asesoría del ISS, o información respecto a la restricción de trasladarse cuando le faltaran menos de 10 años para pensionarse, argumenta que el formulario no lo diligenció ella sino el asesor, y posterior a ello firmó, se siente engañada dado que la deferencia del monto de la pensión es muy amplia entre los dos regímenes.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código

¹ GRP-SCH-HL-66554443332211_2204-20220309103034

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 Colfondos S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

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

Por tanto, la AFP Colfondos 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). 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.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de mayo 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 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.

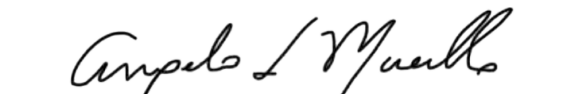
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

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
026 2021 00233 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 026 2021 00433 01
DEMANDANTE: HERMES URBANO PULIDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de junio de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la nulidad de la afiliación y la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) ocurrido el 1 de agosto de 1995. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones los valores de las cotizaciones, rendimientos financieros, intereses y gastos de administración. Así mismo, se condene a las demandadas a pagar las costas y agencias del proceso y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 14 de junio de 1956. El 15 de mayo de 1978, se afilió al seguro social en pensiones y empezó a cotizar, aportando 575 semanas. Se trasladó al régimen de

ahorro individual, a través de Porvenir S.A., el 1º de agosto de 1995, habiendo aportado a pensiones durante 1782 aproximadamente. Aduce que, para la época del traslado, representantes de la AFP visitaron el Despacho Judicial donde laboraba y les ofrecieron mejores condiciones pensionales, que nunca supo de qué condiciones se trataba, y le presentaron un formato de afiliación que diligenció uno de los trabajadores de Porvenir, quien le dijo que lo firmara y él llenaba los demás espacios. Nunca recibió información veraz, correcta, adecuada y precisa sobre las características de lo que le ofrecían y mucho menos recibió un plan de pensiones, de acuerdo con el Decreto 656 de 1994, que le permitiera definir y aceptar su traslado. Las conductas realizadas por los asesores comerciales de Porvenir S.A., lo indujeron a error. Recuerda que como por esa época la situación económica del ISS no era buena, le dijeron que podría llegar a perder la pensión y el Seguro Social se acabaría. Manifiesta que, mucho tiempo después de su traslado supo que su pensión no se la liquidarían con base en su salario devengado, sino con base en el monto de sus ahorros en la cuenta individual, lo cual le resulta absolutamente desventajoso. El 3 de octubre de 2014 solicitó su traslado a Colpensiones, pero le fue negado en razón a su edad. El 13 de enero de 2017, con base en la Ley 1821 de 2016, que incrementó la edad de retiro forzoso, solicitó nuevamente su traslado, sin obtener respuesta. Indica que, el monto de la pensión que obtendría en Porvenir, sería un poco mayor al salario mínimo, lo que no le sería suficiente para sobrevivir, en las mismas condiciones con las que vive ahora. Finalmente, dice que no ha recibido de la AFP, un estudio que le permita saber su situación real con ese operador pensional, ni la posible pensión que recibiría al cumplir los requisitos legales, para determinar los supuestos beneficios pensionales (*expediente digital, documento 11 fls.5 a 16*).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante, las solicitudes de traslado y la respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito 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; 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 (*expediente digital, archivo 17 fls.2 a 16*).

Por su parte, la AFP Porvenir S.A., rechazó el 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; que siempre se le garantizó el derecho de retracto; además el demandante no es beneficiario del régimen de transición (*expediente digital, archivo 18 fls.2 a 31*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de junio de 2023 (*archivo 26*), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante Hermes Urbano Pulido, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones Porvenir a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima, lo anterior, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones Porvenir. Fijándose como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, suficiente, oportuna y eficaz, sin que pueda delegarse la afiliación al empleador y, por el contrario, es el fondo quien debe suministrar la información necesaria para que la afiliación esté precedida de un consentimiento debidamente informado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y Porvenir, recurrieron la sentencia.

La AFP Porvenir S.A. se opone a retornar los valores correspondientes a los gastos de administración, las sumas de seguro previsional y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima de forma indexada, en el entendido de que la condena de indexación no fue expresamente solicitada por el demandante, por lo que el fallo no guarda congruencia y coherencia con lo peticionado; aunado a que no fue discutido ni probado durante el transcurso del proceso, por lo que no se encuentran reunidos los requisitos del artículo 50 del Código Procesal laboral, para que se pueda dar un fallo *ultra o extra petita*. Asimismo, aduce que una de las funciones que cumplen las AFP, es la de asegurar la rentabilidad mínima en las cuentas de ahorro individual de sus afiliados, lo que de plano estaría desdiciendo cualquier tipo de pérdida de poder adquisitivo o devaluación que hayan tenido estos valores, ya que los rendimientos financieros, compensarían cualquier tipo de pérdida de poder adquisitivo; por lo que la condena por indexación, constituiría una doble sanción por un mismo hecho generador.

Por su parte, Colpensiones aduce que, para la fecha del traslado, la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de

régimen, se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, por lo que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época, se constituye en una situación de carácter imposible. Así mismo, aduce que Colpensiones resulta lesionada con la decisión adoptada, en cuanto a la afectación del equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política. En caso de confirmar la decisión, ruega se mantenga la condena de reintegro de dineros impuesta a la AFP y, se adicione la sentencia, en el sentido de condicionar al previo cumplimiento de las obligaciones de la AFP, toda vez que Colpensiones no podrá dar cumplimiento a las sentencias hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice la información del demandante en la base de datos.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió Instituto de Seguros Sociales, el 6 de diciembre de 1994 al 31 de agosto de 1995

(expediente administrativo, documento 12¹); fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la administradora Horizonte Pensiones y Cesantías, mediante suscripción de formulario de afiliación del 19 de julio de 1995 y, posteriormente se trasladó horizontalmente a la AFP Porvenir S.A. (expediente digital, archivo 18, fl.81 y 82).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que, cuando inició a trabajar con la Rama judicial, en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Gacheta, en el año 1995, se encontraba afiliado con el seguro social; posteriormente, llegaron de Porvenir, como en el 1990, no recuerda el año exacto, cuando salieron los fondos privados, manifestando que el Seguro Social se iba a acabar, que por lo pronto tenía que cambiarse de fondo y, fue ese el motivo por el cual pasó sus fondos a esos fondos privados; pero nunca hubo una asesoría respecto a qué le convenía y qué no; únicamente le hicieron firmar el formulario y ellos lo llenaban, pero no le dejaron leer los reglamentos o lo que decían en esos formularios. Se trasladó a Porvenir porque pensó que en ese fondo tenía mejores opciones. Cuando se dio cuenta que no era así, quiso retornar a Colpensiones, pero ya no pudo en razón a que le faltaban menos de 10 años para la edad de pensión.

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

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo

¹ GRP-SCH-HL-66554443332211_2302-20220701120124

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 Horizonte, hoy Porvenir S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

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., 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 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 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 el grado jurisdiccional de consulta, 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

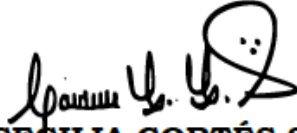
PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de junio de 2023, en el sentido de indicar que al momento de cumplir la orden Porvenir S.A. deberá discriminar los conceptos con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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



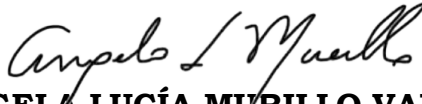
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto

026 2021 00433 01