



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 023 2021 00345 01.
DEMANDANTE: GILDARDO ROJAS RODRÍGUEZ
DEMANDADO: SAR ENERGY S.A.S. EN REORGANIZACIÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de diciembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió proceso ordinario laboral para que se declare que tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada, que su terminación del contrato fue sin justa causa, por lo que la demandada debe reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a uno equivalente; así mismo, que debe coordinar con la ARL SURA las condiciones de trabajo que se ajusten a su estado de salud. En consecuencia, se condene a la demandada al pago de salarios, vacaciones, primas de servicio y, aportes a seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales, causados desde el 30 de abril de 2020 y hasta que se efectúe su reintegro; asimismo, las costas del proceso y lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se vinculó a la demandada laboralmente el 17 de junio de 2010, a través de contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñarse como Operador, en diferentes pozos petroleros del país, con una asignación salarial de

\$3.139.535. Que el 15 de junio de 2010, se le realizaron los exámenes de ingreso, sin que se observe lesión lumbar alguna. Refiere que en el mes de abril de 2019, encontrándose en el desempeño de sus funciones en el pozo petrolero “Andina” ubicado en el municipio de Tame – Arauca, sufrió un accidente laboral que le ocasionó una lesión a nivel lumbar generándole fuertes dolores en la zona; el cual fue reportado a su jefe inmediato y al HSEQ, quienes le suministraron atención por un médico en punto que hacía presencia en otro pozo petrolero, informándole que realizarían el reporte del accidente laboral. Que en septiembre siguiente, ante la persistencia del dolor lumbar, puso de presente esta situación a su médico ocupacional, quien lo remitió a valoración por parte de la EPS y ordenó la realización de una ecografía.

Indica que prestó por última vez sus servicios en la Estación Capachos del municipio Tame – Arauca, en comisión para la empresa Parex Resources.

Manifiesta que la relación se mantuvo sin modificación, hasta el mes de abril de 2020, cuando se le solicitó por recursos humanos la terminación del contrato por mutuo acuerdo; pero el actor se negó por la necesidad de un tratamiento médico; no obstante, su vínculo le fue terminado sin justa causa por parte del empleador el 30 de abril de 2020; entregándole la orden para examen médico de egreso, pero a realizar en la ciudad de Yopal en el término de 5 días hábiles, pese a la imposibilidad de viajar intermunicipalmente con ocasión a la emergencia sanitaria Covid-19; situación que pese a ser puesta en conocimiento de la demandada, ésta hizo caso omiso.

El 16 de junio de 2020 solicitó a la ARL Sura, copia de los reportes existentes a su nombre, así como el reporte del accidente laboral, obteniendo como respuesta que no existió ninguno durante la relación laboral con la empresa demandada. Que el 2 de mayo de 2020 se le realizó una resonancia magnética, a su propio pecunio, con resultado: “(1) *ESPONDIOLISIS ÍSTMICA L5 CON ESPONDIOLISTESIS GRADO UNO L5/S1, (2) CAMBIOS CONDROSICO Y (3) PEQUEÑA PROYUSIÓN DISCAL L4/L5*”.

Afirma que no ha vuelto a ser contratado, encontrándose desvinculado del sistema de seguridad social. La empresa no le ha cancelado desde el 30 de abril de 2020, salarios, prestaciones, vacaciones, ni aportes al sistema de seguridad social. El 8 de julio de 2020 solicitó las documentales para esta demanda, sin obtener respuesta; insistió el 2 de diciembre siguiente, recibiendo respuesta el 20 de enero de 2021. La ARL SURA solicitó información para la calificación de Origen, atendiendo el requerimiento (Expediente digital, archivo 04¹, fls. 4 a 13).

SAR ENERGY S.A.S. en reorganización, rechazó las súplicas. Admitió la existencia del vínculo laboral, las fechas de inicio y terminación, la modalidad del contrato, el cargo desempeñado, el lugar de prestación de servicios, los exámenes de ingreso, las peticiones elevadas por el actor y su respuesta. Formuló las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de derecho legalmente protegible, inexistencia de la obligación, buena fe, compensación, prescripción y las declarables de oficio. En defensa de sus intereses, argumentó que el demandante no es titular de una estabilidad laboral reforzada, pues no fue probado que su situación de salud le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores; no hubo por parte de la Compañía una conducta discriminatoria, sino que de la aplicación de una disposición legal, entre marzo y abril de 2020, en la Compañía terminaron más de 150 contratos de trabajo, a causa de la crisis mundial del petróleo y la emergencia por la COVID-19 (Expediente digital, documento 3², fls. 1 a 118).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de diciembre de 2021, resolvió absolver a la demandada y condenar en costas al accionante³.

¹ 04SubsanacionDemanda 2021-086

² Carpeta: CONTESTACIÓN SAR ENERGY SAS / Archivo: Contestacion POL Gildardo Rojas Rodríguez - Sar Energy 220921

³ Carpeta: AUDIENCIAS / Archivo: AUDIENCIA EXP. 023-2021-00345-20211214_124633-Grabación de la reunión.

En lo fundamental señaló que no hay evidencia alguna en el expediente, de que con anterioridad a la terminación del contrato, el empleador conociera del accidente presentado por el demandante, en consecuencia, tampoco sobre las secuelas derivadas del mismo y; tampoco se generaron incapacidades que le impidieran al trabajador laborar durante la vigencia del contrato, ni en los últimos días o meses de antelación a su desvinculación, como tampoco implicó la acción e medidas especiales en el desarrollo de la actividad laboral, o restricciones médicas que comprometieran su productividad y desempeño, o que lo colocaran en posición de inferioridad ante sus pares. No se demuestra que la afección de salud del trabajador fuera grave al momento de su despido, por ende, no podía considerarse beneficiario de la estabilidad laboral reforzada; aunado a que se demostró que la terminación del contrato se originó con ocasión a la crisis mundial del petróleo y a la emergencia por Covid-19.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante, arguye que la demandada fue informada de la situación en la que se encontraba, frente a la cual hicieron caso omiso, pues para esa época e incluso en la actualidad, persisten las molestas y consecuencias, situaciones que, en su sentir, debieron ser revisadas por el despacho.

IV. CONSIDERACIONES

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

Para dilucidar lo anterior, se encuentra al margen de la discusión que el demandante prestó servicios a la demandada desde el 17 de junio de 2010 hasta el 30 de abril de 2020, data esta en que la demandada

comunicó su decisión de finalizar el vínculo sin que mediara justa causa, pues tales hechos fueron aceptados por la demandada al contestar el libelo introductorio, además de corroborarse con la comunicación e terminación del vínculo, así como la constancia laboral expedida por la demandada⁴.

Estabilidad laboral reforzada

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

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

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

Por lo anterior, es dable afirmar que la discapacidad resulta de la interrelación que existe entre una deficiencia física, mental, intelectual y

⁴ Fls. 31 y 33 Expediente digital, archivo: 01OrdinarioLaboral

sensorial de un sujeto, y los obstáculos del entorno, que dificultan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia al momento de abordar la diferencia entre la invalidez y la discapacidad en sentencia SL3610-2020, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

Paralelamente, el artículo 13 de la Constitución Nacional reconoce que el Estado tiene, en el marco de sus deberes, el de proteger *“especialmente a aquellas personas que por su condición [...] física o mental,*

se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”. Con base en dicha disposición se colige que quienes se encuentran en condiciones físicas de debilidad manifiesta, se les debe una protección especial. Esa garantía se predica de todos los derechos y, por tanto, también de la “*estabilidad en el empleo*”, reconocido igualmente en el artículo 53 de la Carta Fundamental.

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

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

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

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

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

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

También ha sentado que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Por tanto, en criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria. En esa perspectiva, sienta como subregla que la decisión del empleador puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (sentencia CSJ SL 1360-2018).

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

IV No es posible acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como elemento orientador en la materia, pues ha utilizado un criterio completamente distinto al concepto de estabilidad laboral reforzada. Sus fallos más recientes

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

En ese horizonte, es dable afirmar conforme a la postura del máximo Órgano de la jurisdicción constitucional que, la protección especial por estabilidad laboral reforzada resulta extensiva no sólo a las personas que están debidamente calificadas como discapacitadas o con un grado de pérdida de capacidad laboral, sino también aquellas que sufren una disminución en su salud que les impida desarrollar cabalmente sus labores o cuyas características personales hacen suponer que pueden ser susceptibles de discriminación laboral. Lo anterior, también tiene sustento en la sentencia SU-049 de 2017, que unificó su posición respecto de cuáles son las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta y merecen la protección de la estabilidad ocupacional reforzada, al señalar:

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

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

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

4.5. Estas disposiciones se articulan sistemáticamente para constituir el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada, en la siguiente manera. Como se observa, según la Constitución, no solo quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango reglamentario, deben contar con protección especial. Son todas las personas “*en circunstancias de debilidad manifiesta*” las que tienen derecho constitucional a ser protegidas “especialmente” (CP art 13). Este derecho no se circunscribe tampoco a quienes experimenten una situación permanente o duradera de debilidad manifiesta, pues la Constitución no hace tal diferenciación, sino que se refiere genéricamente incluso a quienes experimentan ese estado de forma transitoria y variable. Ahora bien, esta protección especial debe definirse en función del campo de desarrollo individual de que se trate, y así la Constitución obliga a adoptar dispositivos de protección diferentes según si las circunstancias de debilidad manifiesta se presentan por ejemplo en el dominio educativo, laboral, familiar, social, entre otros. En el ámbito ocupacional, que provoca esta decisión de la Corte, rige el principio de “estabilidad” (CP art 53), el cual como se verá no es exclusivo de las relaciones estructuradas bajo subordinación sino que aplica al trabajo en general, tal como lo define la Constitución; es decir, “en todas sus formas” (CP art 53). Por tanto, las personas en circunstancias de debilidad manifiesta tienen derecho a una protección especial de su estabilidad en el trabajo. El legislador tiene en primer lugar la competencia para definir las condiciones y términos de la protección especial para esta población, pero debe hacerlo dentro de ciertos límites, pues como se indicó debe construirse sobre la base de los principios de no discriminación (CP art 13), solidaridad (CP arts. 1, 48 y 95) e integración social y acceso al trabajo (CP arts. 25, 47, 54).

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

1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente

el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.

2. La estabilidad ocupacional reforzada implica que el trabajador tiene el derecho a no ser desvinculado sino en virtud de justa causa debidamente certificada por la oficina del Trabajo. No obstante, en los casos en que no exista dicha autorización, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la pretermisión del trámite ante la autoridad del Trabajo acarrea la presunción de despido injusto, empero, esta presunción se puede desvirtuar y en virtud de la inversión de la carga de la prueba le corresponde al empleador o contratante probar la justa causa para terminar la relación.
3. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Al amparo de lo expuesto, se procede al análisis de las pruebas arrojadas al plenario, en el que se verifica que el demandante aportó historia clínica ocupacional, en cuya valoración del 27 de septiembre de 2019, se puede leer como hallazgos que⁵:

A NIVEL UMBILICAL SE PALPA TUMEFACION QUE PROTUYE CON MANIOBRA DE VALSAVIA – RESTOS DE EXAMEN FÍSICO DENTROS (sic) DE LIMITES NORMALES

(...)

IV.- DIAGNOSTICO DE INTERES CLINICO:

1	[CIE10 No.]K429:HERNIA UMBILICAL SIN OBSTRUCCION NI GANGRENA
2	[CIE10 No.]J039:AMIGDALITIS AGUDA, NO ESPECIFICADA

(...)

VI. - DIAGNOSTICO DE INTERES OCUPACIONAL:

1	[CIE10 No.]K429:HERNIA UMBILICAL SIN OBSTRUCCION NI GANGRENA
2	[CIE10 No.]J039:AMIGDALITIS AGUDA, NO ESPECIFICADA
3	[CIE10 No. R635] AUMENTO ANORMAL DE PESO
4	[CIE10 No.Z100]:EXAMEN DE SALUD OCUPACIONAL
5	
6	

⁵ Fls. 39 a 41 Expediente digital, archivo: 01OrdinarioLaboral

EXÁMENES REALIZADOS: Se Realizaron los siguientes exámenes: EXAMEN MEDICO OCUPACIONAL CON ENFASIS PARA TRABAJO EN ALTURAS. HEMOGRAMA, GLICEMIA, PERFIL LIPIDICO, AUDIOMETRIA, OPTOMETRIA, ESPIROMETRIA, VALORACION PSICOLOGICA PARA TRABAJO EN ALTURAS Y ESPACIOS CONFINADOS

DESCRIPCION RESULTADOS DEL CONCEPTO MEDICO OCUPACIONAL: Examen Médico Periódico: Valoración por EPS, puede continuar laborando.

RESTRICCIONES: ninguna para el Cargo.

(...)

Así mismo, la demandada allegó conceptos de aptitud laboral del 13 de junio de 2017, 25 de julio de 2018 y 27 de septiembre de 2019, en los que se anota no tener ninguna restricción para el cargo⁶.

Al rendir declaración de parte el representante legal de la demandada, indicó que el trabajador desempeñaba labores de trabajo de campo, como operador, pero que la empresa no fue informada sobre ningún accidente, incapacidades, ni restricciones para laborar.

Por su parte, el demandante al rendir su declaración, si bien manifestó haber tenido un accidente alrededor del 8 de abril de 2019, también indicó no haber tenido incapacidad alguna, ni restricciones médicas.

Del análisis conjunto de los medios de convicción se extrae que, con anterioridad al despido el actor fue sometido a valoraciones de salud ocupacional periódicas, entre otras, el 27 de septiembre de 2019, fecha posterior a la que afirma haber sufrido un accidente laboral, sin encontrar restricción alguna para ejercer su cargo como Operador; y aunque en la historia clínica se puede leer que en esa oportunidad se halló *HERNIA UMBILICAL SIN OBSTRUCCION NI GANGRENA*, esta no resultó incapacitante, tanto así que desempeñaba con normalidad sus funciones, pues nada distinto fue acreditado en el plenario; máxime que ni siquiera se demostró que ello fuera consecuencia de un accidente de trabajo, el que menos aún, fue demostrado.

⁶ Fls. 1 a 3 Expediente digital, Carpeta: CONTESTACIÓN SAR ENERGY SAS. /Archivo: Pruebas GR-21-38

Cumple precisar que, pese a que el actor aporta resonancia magnética realizada el 2 de mayo de 2020, con resultado: “(1) *ESPONDIOLISIS ÍSTMICA L5 CON ESPONDIOLISTESIS GRADO UNO L5/S1*, (2) *CAMBIOS CONDROSICO Y* (3) *PEQUEÑA PROYUSIÓN DISCAL L4/L5*”⁷, este examen al ser posterior a la fecha de terminación del contrato, no logra demostrar el conocimiento previo del empleador respecto de su afección en salud, aunado a que de esta, tampoco se deriva una discapacidad, ni restricciones para laborar.

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

Bajo las anteriores precisiones, la Colegiatura confirmará la sentencia de primera instancia. Sin costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la instancia.

⁷ Fl. 43 Expediente digital, archivo: *01OrdinarioLaboral*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

023 2021 00345 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 024 2020 00444 01
DEMANDANTE: FERNANDO ARIAS GARCIA
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1° de marzo 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 prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero del 22 de enero de 1977 al 27 de junio de 1999 y, que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y el Sindicato de Trabajadores de la empresa, vigente para los años 1998 – 1999. En consecuencia, condene a la demandada a reconocer, liquidar y pagar la pensión de jubilación convencional por cumplir los requisitos establecidos en el artículo 41, parágrafos 1 y 3 de la convención, a partir del 19 de enero de 2013, con la actualización del último salario promedio mensual devengado, los ajustes legales y, mesadas adicionales de junio y diciembre, debidamente indexadas.

Asimismo, a pagar los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero del 22 de enero de 1977 al 27 de junio de 1999, data esta en que la empleadora lo dio por terminado sin que mediara justa causa. Que el último cargo desempeñado fue el de Director III, Grado 09, en la oficina de Tebaida - Quindío, con un salario promedio mensual de \$1.965.639,82. Expuso que en vigencia del vínculo laboral estuvo afiliado a Sintracreditario, siendo beneficiario de la convención colectiva 1998- 1999. Manifestó que cumplió 55 años de edad el 19 de enero de 2013 y que solicitó el reconocimiento de la pensión convencional, agotando la reclamación administrativa (Expediente digital, archivo 01, fls. 4 a 17).

Al dar respuesta a la demanda, la UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó no constarle la forma de terminación del vínculo contractual y aceptó los demás. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción, las que denominó: “sobre la indexación”, y “sobre la condena en costas” y, las demás declarables de oficio. Argumentó que el actor cumplió el requisito de la edad con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, que impide el reconocimiento de la prestación reclamada (Expediente digital, archivo 05, fls. 2 a 8).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 1º de marzo de 2022 (archivo 09), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP a reconocer y pagar al señor Fernando Arias García, la pensión de jubilación convencional a partir del 17 de enero de 2017, en una cuantía de \$3769.401, y en adelante por 14 mesadas al año y con los respectivos reajustes legales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR la compartibilidad pensional entre la pensión que actualmente percibe el señor Fernando Arias García a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la prestación pensional convencional que aquí se concede, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la **CONDENAR** a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP a reconocer y pagar al señor Fernando Arias García, el mayor valor resultante entre la pensión que hoy se declara y la que viene percibiendo de la Administradora Colombiana de Pensiones, a partir del 17 de enero de 2017, data para la cual el mayor valor asciende a la suma de \$2.353.614 a razón de 14 mesadas al año y en adelante las que en lo sucesivo se causen debidamente indexadas con los reajustes legales anuales a los que haya lugar, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Autorizar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP a descontar los aportes al sistema general de seguridad social en salud.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de prescripción de todas y cada una de las mesadas pensionales causadas y no pagadas con anterioridad al 17 de enero de 2017 y, no probadas las demás, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: COSTAS en la instancia a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP. Líquidense por secretaría incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

SÉPTIMO: CONSULTAR esta providencia a favor de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, en caso que no se interponga recurso de apelación contra la misma.

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, al argumentar que el demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, toda vez que cumplió el requisito de la edad con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, en

virtud del cual la norma convencional perdió vigencia el 31 de julio de 2010, siendo la edad un requisito de causación. Asimismo, señaló que la entidad no incurrió en actuaciones dilatorias temerarias o de mala fe, y solo se limitó a ejercer su derecho de defensa, por lo que no son procedentes las costas impuestas.

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 de derecho al reconocimiento de la pensión prevista en la convención colectiva suscrita entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y Sintracreditario, vigente para los años 1998 – 1999.

Para dilucidar dicho problema jurídico, está demostrado que: **i)** el promotor del juicio prestó sus servicios personales a la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 22 de enero de 1977 hasta el 27 de junio de 1999, pues tal circunstancia se desprende de la liquidación final de cesantías, fl. 24, además que fue certificada por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural como consta a folio 25 a 26 y, **ii)** nació el 19 de enero de 1958, por lo que cumplió 55 años el mismo día y mes de 2011, según consta en copia del registro civil de nacimiento y de la cédula de ciudadanía de folio 21 y 23¹.

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

¹ Expediente digital, archivo 01.

contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrían por el término inicialmente estipulado. Y precisó que en los pactos, convenciones o laudos que se suscribieran entre la vigencia de dicho Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrían estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encontraran vigentes. En todo caso, dispuso el Acto Legislativo, que perderían vigencia el 31 de julio de 2010.

Lo anterior implica que, a partir del 31 de julio de 2010, perdieron vigencia todas las normas convencionales, de laudos arbitrales o acuerdos, que contenían condiciones pensionales más favorables que las previstas en la ley. Ahora bien, la referida enmienda constitucional no modifica, ni desconoce los derechos adquiridos con anterioridad a su entrada en vigor (CSJ SL 2540 de 2020).

En el presente caso, la norma convencional sobre la cual edifica el actor la prestación, señala que²:

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

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

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

Frente a dicha cláusula convencional, al resolver casos de contornos similares al presente, en reiterada jurisprudencia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que la causación del derecho a la pensión se da únicamente con el tiempo de servicios prestados, dado

² Expediente digital, archivo 01, fls. 61 a 62, del archivo de la convención colectiva.

que la edad es simplemente un requisito de exigibilidad, así lo refirió en sentencias CSJ SL289-2018, SL 526 de 2018, SL3197-2018.

En esa línea de pensamiento, se advierte en el presente asunto que el accionante prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 22 de enero de 1977 hasta el 27 de junio de 1999 esto es, por más de 20 años³. Ahora, como quiera que nació el 19 de enero de 1958, alcanzó la edad de 55 años el mismo día y mes del año 2013⁴. En consecuencia, el promotor del juicio tiene derecho al reconocimiento de la prestación convencional implorada.

Así las cosas, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, se concluye que el demandante adquirió el derecho a la pensión en la fecha en que terminó su contrato de trabajo con más de 20 años de servicios, lo cual, se estructuró el 27 de junio de 1999. Por tal motivo, la derogatoria prevista en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, no afecta el derecho, como tampoco lo hizo el Acto Legislativo 01 de 2005, pues si bien el accionante llega a la edad de 55 años el 19 de enero de 2013, para esta época ya contaba con un derecho adquirido.

(i) De la liquidación de la pensión

Ahora, a folios 25 a 26⁵ del expediente fue allegada certificación emitida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que da cuenta de los factores salariales convencionales devengados por el actor durante el último año de servicio. Realizadas las validaciones correspondientes se determina que en aplicación de lo dispuesto en el parágrafo 3º del artículo 41 de la norma convencional, es decir, con la inclusión de los factores fijos y variables certificados, el promedio para calcular la pensión asciende a \$1'965.639, que al aplicarle la tasa de remplazo del 75% prevista en la convención, arroja como mesada para el año 1999, la suma de \$1'474.229,13.

³ Expediente digital, archivo 01, fls. 24 a 26.

⁴ Expediente digital, archivo 01, fls. 21 y 23.

⁵ Expediente digital, archivo 01.

(ii) De la indexación de la primera mesada

Conviene anotar que en el presente caso no se discute que el demandante prestó sus servicios personales a la Caja De Crédito Agrario Industrial y Minero hasta el 27 de junio de 1999, además que la pensión que se reconoce corresponde al 75% de promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios. Por tal motivo, entre el momento en que se retiró el promotor del juicio y aquel en el que se hizo exigible la prestación - 19 de enero de 2013 -, transcurrió un periodo de tiempo considerable, en el que la moneda por efectos del paso del tiempo ha perdido valor adquisitivo, por lo que debe indexarse el valor del salario base para la primera mesada entre el momento en el que se produjo el retiro de la entidad y el momento en que se hizo exigible la prestación convencional.

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

En ese orden de ideas, una vez realizadas las operaciones aritméticas correspondientes, se establece que la mesada para el año 2013 asciende a \$3'159.351,81, esto es, una suma superior a la determinada por el juzgado de conocimiento, que lo fue de \$3'159.271, por lo que el fallo consultado será confirmado en este punto, dado que la parte accionante no interpuso recurso de apelación.

Indexación Primera Mesada Pensional						
Año Inicial	Año final	Promedio salario	IPC Inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Salario actualizado
1999	2013	\$ 1.965.639,00	36,42	78,05	2,143	\$ 4.212.469,08
PRIMERA MESADA PENSIONAL						
Ingreso Base Liquidacion						\$ 4.212.469,08
Porcentaje aplicado						75%
Primera mesada						\$ 3.159.351,81

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

(iii) De la indexación del retroactivo

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

(iv) De la prescripción

En el asunto bajo examen operó el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que el derecho se hizo exigible el 19 de enero de 2013 y el demandante reclamó ante la entidad el reconocimiento de la prestación el 17 de enero de 2020 (fls. 34 a 36⁶), 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 9 de diciembre de 2020 (fl. 115⁷). En consecuencia, las mesadas causadas con anterioridad al 17 de enero de 2017 se encuentran prescritas, como acertadamente concluyó la primera instancia.

⁶ Expediente digital, archivo 01.

⁷ *Ibidem*

(v) Del retroactivo pensional

Dado que el retroactivo pensional continuará causándose, que las mesadas deben ser indexadas y se deben efectuar los descuentos para el sistema de salud, 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.

(vi) De los descuentos para salud

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

(vii) De las costas de primera instancia

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a la demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la entidad resultó derrotada. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó a la UGPP a pagar las costas del proceso.

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

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

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1º de marzo de 2022.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 026 2019 00453 01
DEMANDANTE: HAROLD ENRIQUE PAEZ GÓMEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de diciembre de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la ineficacia y nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar todos los aportes a Colpensiones y; a ésta a recibirlos. Así mismo, se condene las costas del proceso y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que inició sus cotizaciones a seguridad social en pensiones el 21 de enero de 1980. En el año 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual, a través de hoy Porvenir S.A. Aduce que al momento de la asesoría, el fondo le manifestó “*de forma fraudulenta y engañosa*” que era más beneficioso estar en el RAIS que en el régimen de prima media; por lo que su traslado tiene vicios en el consentimiento. Indica que el 11 de junio de 2019, Porvenir le explica que

su pensión estará entre uno y dos salarios mínimos. Aduce que en el RAIS la prestación se liquida sobre el valor de los ahorros o cotizaciones hechos por el afiliado, mientras en el de prima media es sobre el promedio de salarios o IBL, por lo que se afectan sus beneficios y derechos, ya que su pensión sería más favorable en este último. Finalmente, indica que las demandadas le negaron el traslado (expediente digital, documento 01 fls. 5 a 35).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió las cotizaciones al ISS, el traslado de régimen y, la negativa de traslado. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y las declarables de oficio. Para enervar las pretensiones, 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 y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 01 fls. 124 a 128).

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 08 fls. 2 a 24).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 7 de diciembre de 2022 (expediente digital, documento 13), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante HAROLD ENRIQUE PAEZ GÓMEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir de enero de 1997, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones Porvenir a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje destinado a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, conforme 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.

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. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió Instituto de Seguros Sociales, el 21 de enero de 1980 (expediente digital, documento 01, fls. 129 a 132) y, migró al RAIS, a través de la administradora Porvenir S.A. el 23 de enero de 1997, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 08, fl. 75).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la época del traslado, 1997, trabajaba en Ahorramás, que para esa época fue comprada la organización Luis Carlos Sarmiento Ángulo, y cuando la empresa pasó a esa organización, comenzaron a pasar los que estaban en el seguro social a Porvenir, porque ésta pertenecía al Grupo, les pasaron los formularios y los pasaron al fondo privado. No se hizo presente asesor de porvenir en ese momento. Los reunieron en un auditorio y les dijeron, en una charla de más o menos 5 minutos, que debían pasarse por estar en el mismo grupo y que era más beneficioso; terminó la charla y les pasaron los formularios. No se les explicó que se abriría una cuenta de ahorro individual donde se van a depositar sus aportes pensionales. Al hablar que pasaría si no se pasaran llegaron a la deducción que los podrían sacar de la empresa. No le explicaron cuáles eran los beneficios. Considera que sí fue presionado por su empleador para el traslado por la forma en que se hizo la reunión. No retornó a Colpensiones porque no estaba trabajando. Quiere retornar a Colpensiones porque en el fondo privado le correspondería un salario mínimo de mesada.

Se recibió el testimonio del señor Emiliano Briceño Cárdenas, quien fue compañero de trabajo del actor para la época del traslado y estuvo con él en la misma reunión y firma de formularios, ratificando lo dicho por el demandante.

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. 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 confirmara en este aparte, pero se adicionara 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.

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

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

No se causan costas en este grado jurisdiccional.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de diciembre de 2022, 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: 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 los demás la sentencia del a quo.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto

026 2019 00453 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 00204 01
DEMANDANTE: LUZ ESTHER PATIÑO RUIZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Visto el memorial de sustitución de poder allegado en esta instancia por la apoderada general de la parte demandada (archivo 2), se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J.

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de diciembre de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a la AFP a devolver todos los valores recibidos por la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses y rendimientos. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 4 de diciembre de 1959. Inició sus cotizaciones a seguridad social en pensiones en el ISS, el 4 de diciembre de 1978. Se trasladó al régimen de ahorro individual en agosto de 1995. De acuerdo con su reporte de semanas, cuenta con 392 en el régimen de prima media, 757 en Porvenir y 8 en otras administradoras; para un total de 1157 semanas. Aduce que al realizar el traslado de régimen, no recibió asesoría clara y precisa de las consecuencias de cambio de régimen, ni ventajas y desventajas, por lo que el fondo violó el deber de información, pese a que la actora firmó el formulario de manera libre y voluntaria. Que según el cálculo efectuado por Porvenir, su mesada pensional correspondería a un salario mínimo legal vigente, siendo que su ingreso base de liquidación es de aproximadamente 5 salarios. Finalmente, indica que las demandadas le negaron el traslado (expediente digital, documento 08 fls. 3 a 12).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora, la fecha de traslado de régimen y, la negativa de traslado. Manifestó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y las declarables de oficio. Para enervar las pretensiones, argumentó que el traslado realizado por la accionante fue realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y; que no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 (expediente digital, archivo 14 fls. 3 a 11).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, el traslado de régimen, la totalidad de semanas cotizadas, el capital, la data desde la cual está en el RAIS y, la suscripción libre y voluntaria del formulario de afiliación. 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 el demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; que durante su vinculación como afiliado de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (expediente digital, archivo 13 fls. 2 a 29).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de diciembre de 2022 (expediente digital, documento 13), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante LUZ ESTHER PATIÑO RUIZ al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 1º de agosto de 1995, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones Porvenir a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje destinado a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, conforme 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.

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 ochocientos mil pesos (\$800.000).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información suficiente, clara y

oportuna, con el fin de que se encuentre demostrado un consentimiento debidamente informado, carga de la prueba que le incumbía.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. CONSIDERACIONES

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

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

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

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos*

los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

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

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

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

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

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

V. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas la accionante se afilió Instituto de Seguros Sociales, el 1 de diciembre de 1978 (expediente administrativo, archivo 3) y, migró al RAIS, a través de la administradora Porvenir S.A. el 1º de agosto de 1995, según se desprende del SIAFP (expediente digital, documento 13, fl. 84).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la fecha del traslado estaba trabajando en las oficinas de INGETEAM en Bogotá, que esta es una empresa grande, en un piso cuarto trabajaban muchas divisiones de túneles de geología y, llegó personal autorizado por la empresa, a sus sitios de trabajo, se presentaron como personal de Porvenir; que no sabe que dijeron, pero resultó afiliada; afirma que se presentaron pero ella no recibió información; dice que el espacio era muy grande, ella estaba trabajando, y se enteró por información de la empresa

que estaba afiliada. En ese momento daba por hecho que todo en cuanto a pensiones era lo mismo, así que no le llamó la atención mirar nada respecto a si habría alguna diferencia entre los fondos de pensiones. No tuvo información en ningún momento respecto de beneficios de afiliarse a Porvenir, aportes voluntarios, modalidades de pensión, la forma como se realizaría la liquidación, requisitos para acceder a la pensión, ni bono pensional; no recibió extractos, ni ha hecho uso de los canales de atención de Porvenir. Cuando se dio cuenta que su pensión iba a ser del mínimo por parte del fondo y que tenía que tener un capital que aún no tiene, se dio cuenta que era más benéfico trasladarse al régimen público. Nunca firmó formulario de afiliación.

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

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

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

frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. 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 confirmara en este aparte, pero se adicionara 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.

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

No se causan costas en este grado jurisdiccional.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de diciembre de 2022, 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: 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 los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta.

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 026 2021 00235 01
DEMANDANTE: PEDRO RADA TELLEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Visto el memorial de sustitución de poder allegado en esta instancia por la apoderada general de la parte demandada (archivo 2, fl. 8), se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J.

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Protección S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 31 de enero 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 al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de Protección S.A. y se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones, sin solución de continuidad. En consecuencia, se condene a la AFP a registrar en su sistema de información que la afiliación del demandante estuvo viciada de nulidad y, trasladar la totalidad de aportes, incluidos los rendimientos, a

Colpensiones y; a ésta a activar la afiliación. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita* y, las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 2 de junio de 1965. Se afilió en marzo de 1990 al Régimen de Prima media con Prestación Definida administrado por el ISS. En febrero de 2000, se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP PROTECCION S.A., a través de engaños y publicidad que no corresponde a la realidad, siendo persuadido por los asesores del fondo, sin que se le brindara la información clara, precisa y concreta de las consecuencias del traslado. Asegura que no recibió información sobre las implicaciones, posibilidad de devolverse o retractarse; no se le suministró o información completa, cierta y comprensible sobre las características de cada uno de los regímenes; y nunca le hicieron una proyección del monto de la pensión. El fondo incumplió el deber legal de información o escenarios comparativos de pensión, configurándose un error de hecho que vicia el consentimiento del afiliado. Finalmente, indica que presentó reclamación ante las demandadas, agotando la vía gubernativa (expediente digital, documento 01 fls. 11 a 29).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento del actor, sus cotizaciones al ISS, la reclamación presentada y el agotamiento de la vía gubernativa. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y las declarables de oficio. Para enervar las pretensiones, 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 y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 12 fls. 2 a 14).

La AFP Protección S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, la afiliación al RAIS, y la petición de nulidad. 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará 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 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 08 fls. 3 a 26).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 31 de enero de 2023 (expediente digital, documento 20), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante PEDRO RADA TELLEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PROTECCIÓN a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. Así mismo deberán trasladarse los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos financieros, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos.

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 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 PROTECCIÓN, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado información clara, suficiente y oportuna, y que la afiliación haya estado precedida de un consentimiento debidamente informado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

La AFP Protección S.A. se opuso a la condena por traslados de gastos de administración y seguros provisionales de forma indexada, por cuanto no corresponden a dineros destinados a financiar la mesada pensional del demandante y, se trata de sumas correspondientes a la contraprestación de la administradora por haber generado esos rendimientos que hoy incrementan el valor de la cuenta de ahorro individual. Asimismo, la indexación resulta improcedente, pues se genera una doble condena, bajo el entendido que las administradoras han generado rendimientos que incrementaron el saldo de la cuenta de ahorro individual. Finalmente, debe aplicarse la prescripción a las cuotas de administración y seguros previsionales, toda vez que no son dineros que tengan como vocación financiar la mesada pensional.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al 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 22 de marzo de 1990 (expediente administrativo, documento 11) y, migró al RAIS, a través de la administradora Pensiones y Cesantías Davivir S.A., hoy Protección S.A., el 07 de enero de 2000, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 08, fl. 27).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que se trasladó a Davivir por sugerencia de su empleador que les comentó que iban a ir unos asesores del fondo a brindar información sobre la afiliación. Hicieron una reunión grupal, aproximadamente para 30 empleados, y les expusieron que era el mejor fondo, que con ellos podían salir bien pensionados, y que esos fondos estaban a raíz de que Colpensiones se iba a acabar. En el momento no tuvo dudas, de manera posterior no se acercó a resolver dudas, tampoco corroboró la información con Colpensiones. Quiere retornar a prima media porque en el fondo privado se pensionaría con el salario mínimo y como nunca tuvo asesoría, el tiempo para devolverse ya había pasado. No ha solicitado su pensión a Protección. Para la fecha de traslado no conocía los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales. En la asesoría realizada en el año 2000, no se le informó acerca de los requisitos para acceder a la pensión, como era tener un capital mínimo ahorrado; ni cuáles eran las modalidades; no le hicieron posible liquidación, ni le hablaron de bono

pensional o qué pasaría con sus cotizaciones, rendimiento o pérdidas, ni acerca de la última fecha en la cual podría trasladarse de régimen.

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

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

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

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha 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 confirmara en este aparte, pero se adicionara 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.

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

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

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 31 de enero de 2023, en el sentido de indicar que al momento de cumplir la orden Protección 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: 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 los demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 028 2018 00086 01
DEMANDANTE: RODRÍGO VEZGA MARTÍNEZ
DEMANDADO: COLVISEG LTDA.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de febrero de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, a término indefinido, del 14 de abril de 2009 al 20 de febrero de 2017. En consecuencia se condene a la demandada a reconocer y pagar cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, compensatorios, sanción moratoria; a pagar a Porvenir el cálculo actuarial por las cotizaciones correspondientes e; indexación. Así mismo a pagar lo ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que celebró contrato a término indefinido con la empresa demandada, del 14 de abril de 2009 al 20 de febrero de 2017, en el cargo de guarda de seguridad para varios establecimientos, en horario de lunes a domingo, en turnos rotativos y, recibiendo órdenes; percibía un salario de \$1.109.967 mensuales; no se le canceló lo correspondiente a subsidio de transporte. El 20 de febrero de 2017, se le dio por terminado su contrato de trabajo, por escrito y sin justa

causa. Acudió al Ministerio de Trabajo donde se llevó a cabo audiencia de conciliación, sin lograr acuerdo. Arguye que la empresa no le ha reconocido ni cancelado las acreencias laborales pretendidas. Finalmente, que durante la relación laboral se desarrollaron los elementos esenciales del contrato; siempre observó buena conducta y no tuvo llamado de atención (fls. 5 a 12¹).

Colviseg Ltda. se opuso a prosperidad de las pretensiones, salvo las relacionadas con la declaración de existencia del contrato y la terminación unilateral. Admitió la existencia del contrato, sus extremos, horario, cargo, y labores; que recibía órdenes; que se adelantó audiencia de conciliación fracasada, que no ha cancelado moratoria; que se desarrollaron los elementos esenciales del contrato y; que no figura llamado de atención en la hoja de vida del actor. De los demás hechos, dijo que no son ciertos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, pago, existencia de autorización de descuento de prestaciones sociales, prescripción y buena fe. En su defensa adujo que el contrato de trabajo lo fue a término fijo de 6 meses, sufriendo las prórrogas previstas en la ley; que durante su vigencia y a la finalización se le cancelaron salarios, prestaciones y demás acreencias causadas, valor que fue destinado a cubrir el saldo de un crédito con Pichincha, por autorización expresa del actor. Siempre estuvo afiliado a seguridad social (fls. 64 a 72).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 9 de febrero de 2022 (Audio Sentencia), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre las partes inicialmente se suscribió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, posteriormente uno de duración indefinida celebrado de manera verbal entre el 14 de abril de 2009 y el 20 de febrero de 2017, conforme se expuso en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR probados los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo que denominó inexistencia de la obligación, pago y existencia de autorización de descuento de prestaciones sociales

¹ Expediente digital, Archivo 01Cuaderno1.PDF

TERCERA: ABSOLVER a la empresa COLVISEC LTDA de todas y cada una de las pretensiones situadas en el libelo genitor por parte del señor RODRIGO VEZGA MARTINEZ, de acuerdo con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Sin COSTAS en esta instancia.

QUINTO: De no ser apelada la presente decisión se deberá consultar con el superior, en cuanto le resultó adversa a los intereses del ex trabajador demandante.

En lo fundamental, señaló que en el interrogatorio de parte el demandante aceptó el pago de aportes a seguridad, prestaciones y vacaciones durante la relación laboral, salvo los últimos 3 años por las últimas, pero existe liquidación final suscrita por él; concluyendo que la inconformidad recae en que ese valor fue consignado a órdenes del banco Pichincha, en virtud de autorización de descuento del trabajador, para cubrir un crédito. Que no existe prueba respecto de trabajo suplementario, ni salario distinto al tenido en cuenta para el cálculo de su liquidación final.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, el demandante interpuso recurso de apelación, fundamentándolo en 3 aspectos: *i)* que el salario con el que se hizo la liquidación final de prestaciones no obedece a la asignación real del promedio devengado en el último año; *ii)* que la empresa hizo unos descuentos irregulares al no contar con la autorización del trabajador para hacer retención de dineros, ya que utilizó inadecuadamente una autorización antigua y; *iii)* que no fue demostrado por la empresa que se cumpliera con la obligación de pago de seguridad social en pensiones entre los años 2009 y 2016.

IV. CONSIDERACIONES

La a quo encontró demostrado, sin que fuera objeto de reproche, que “entre las partes inicialmente se suscribió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, posteriormente uno de duración indefinida celebrado de

manera verbal entre el 14 de abril de 2009 y el 20 de febrero de 2017". Situación que al no haber sido apelada, se encuentra al margen de la discusión en esta instancia; por lo que procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

Del salario devengado

Reprocha el accionante el salario base de liquidación del promedio devengado en el último año.

De la lectura del libelo introductorio, en el hecho 4, se expone que las partes acordaron como salario la suma de \$1.109.967 mensuales (fl. 5), mientras que la demandada, al contestar este supuesto fáctico, señaló que la asignación básica de la relación laboral, correspondió al salario mínimo legal vigente, más auxilio de transporte (fls. 64 y 65).

A folio 73 obra el contrato de trabajo a término fijo, suscrito entre las partes el 14 de abril de 2009, en donde se pacta una remuneración salarial de \$496.900, valor correspondiente al salario mínimo legal mensual vigente para esa anualidad. En el mismo sentido, de folios 95 y 96, aparece constancia laboral emitida por la directora de talento humano de la demandada en marzo de 2017, en donde se indica que la asignación básica salarial del actor, era de \$737.717, más auxilio de transporte por \$83.140 y un promedio variable de horas extras y recargos del último mes de \$289.110; para un total de \$1.109.967, lo que además fue aceptado por el representante legal de la demandada al rendir interrogatorio.

De folios 97 a 99, fueron allegados desprendibles de pago correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2016 y enero de 2017, en donde se observa que al demandante, adicional al salario mínimo legal, se le pagaba el auxilio de transporte correspondiente, así como trabajo suplementario, horas extras y recargos dominicales y festivos.

De conformidad con los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1º del Convenio 95 de la OIT, constituye salario *todo* aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277).

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

Bajo este panorama, es claro que el salario percibido por el demandante, sí era variable en atención al trabajo suplementario causado cada mes.

Analizados en conjunto los medios de prueba, se observa que en la liquidación final de prestación del demandante (fl. 92), se tomó como base salarial para cesantías, la suma de \$994.323, y para vacaciones \$1.050.897; valores estos superiores al salario mínimo legal vigente para la época, más el correspondiente auxilio de transporte que en ese entonces ascendía a \$820.857 mensuales².

En este entendido, es claro para la Sala que sí se tomó un promedio base salarial para realizar la liquidación final del actor, conforme lo disponen los artículos 186 y 253 del CST, sin que de la demanda y

² Salario mínimo mensual: \$ 737.717, más \$ 83,140 por auxilio de transporte mensual.

pruebas allegadas y recaudadas, el demandante haya demostrado, o siquiera alegado, un valor superior al tenido en cuenta por su empleadora, carga que le correspondía en atención a lo dispuesto en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y, al no hacerlo, la decisión judicial necesariamente le será desfavorable; por lo que se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Cumple precisar que, cuando lo pretendido es el reconocimiento y pago de tiempo suplementario, los medios de prueba sobre los que se apoye la decisión deben ser definitivos, claros y precios, pues, al operador judicial no le es dable hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para deducir un número probable de horas extras o trabajo suplementario trabajadas.

Autorización de descuentos

Reprocha el recurrente que se le haya descontado el valor de su liquidación final de prestaciones sociales para cubrir un crédito a su nombre.

Pues bien, la jurisprudencia de la Sala Laboral Corte Suprema en materia de descuentos y compensaciones por parte de los empleadores en sentencia CSJ SL16794-2015, reiterada en SL775-2018, ha adoctrinado que la autorización es un requisito indispensable para la legitimidad del descuento y, que el empleador se encuentra facultado para compensar en la liquidación final de salarios y prestaciones, los préstamos otorgados al trabajador en vigencia del contrato de trabajo.

Así mismo, ha dicho la honorable corporación, que la restricción al derecho de compensación del empleador mediante la prohibición de descuentos sin autorización, se justifica en el desarrollo de la relación de trabajo, pues en ese momento aún se encuentra en vigor la dependencia y subordinación del trabajador en relación con el empleador. De suerte que, una vez finalizado el contrato de trabajo, la subordinación desaparece al

igual que el respaldo crediticio que ofrecen los salarios y prestaciones devengados por el trabajador y, en ese orden, es admisible, dentro de los límites legales y de forma proporcional, que el empleador acuda a la figura de la compensación como modo para extinguir las obligaciones, entre ellas, la del trabajador de satisfacer los créditos que de buena fe le hayan sido otorgados (CSJ SL, 10 sep. 2003, rad. 21057; CSJ SL, 12 nov. 2004, rad. 20857; CSJ SL, 12 may. 2006, rad. 27278; CSJ SL, 19 oct. 2006, rad. 27425; CSJ SL, 3 jul. 2008, rad. 32061).

Bajo esta línea jurisprudencial, se tiene el empleador se encuentra autorizado para realizar los descuentos sobre los salarios y prestaciones sociales a la finalización de la relación, sin la autorización del trabajador, toda vez que ésta se hace necesaria en la vigencia de la relación laboral y no después, pues en ese momento la subordinación desaparece al igual que el respaldo crediticio que ofrecen los salarios y prestaciones devengados por el trabajador.

Pese a ello, obra autorización que fue otorgada por el demandante, conforme se observa a folio 102 y 103, donde se advierte que el entonces trabajador, autoriza a descontar de los salarios y prestaciones sociales o cualquier rubro recibido, el saldo insoluto de la obligación, por el crédito ante el BANCO PICHINCHA, por valor de \$3.000.000, documentales que gozan de plena validez, pues no fueron desconocidas por el demandante ni tachadas de falso en su oportunidad legal, conforme el artículo 54 A de CPT y de la SS; sin que pueda dársele valor al argumento del reproche cuando afirma que la autorización allegada correspondía a un crédito anterior, en tanto, si bien el documento de folio 102 no se encuentra datado, la comunicación del banco dirigida al empleador informando del crédito, deja expreso que se adjunta la correspondiente “autorización para pago de salario a un tercero debidamente firmada por el beneficiario del crédito”.

Ahora, si bien es cierto la parte demandante manifiesta no ha sido entregado el valor de la liquidación final a la terminación del contrato, la Sala advierte que no le asiste razón, pues de la documental que obra a

folio 92, se observa que la demandada liquidó las prestaciones sociales correspondientes, valor que por supuesto debía ser objeto de descuento no solo por la autorización que emitió el trabajador durante la vigencia de la relación laboral como se corrobora con la documental allegada al plenario y como lo confiesa en el interrogatorio de parte, sino también en virtud de la ley sustantiva laboral (art. 59 numeral 1, 65 y 149 del CST).

Aportes a seguridad social en pensión

En los términos del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones creado por durante la vigencia de la relación laboral deben efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes por parte de los afiliados y los empleados con base en el salario devengado. A su vez, el artículo 22 ibídem, establece como obligación a cargo del empleador el pago de los aportes a su cargo y de los que correspondan a sus trabajadores, por lo que debe descontar de la remuneración de cada afiliado, al momento del pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y de las que voluntariamente y de manera expresa haya autorizado por escrito, trasladando dichas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos establecidos, respondiendo por la totalidad del mismo, aun en el evento en que no hubiere efectuado la deducción al trabajador.

En este entendido, el artículo 23 ejusdem, establece que el incumplimiento de los plazos señalados genera un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios, que se abonará en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional del afiliado, según sea el caso.

Pues bien, en el presente asunto, afirma el demandante que no fue demostrado que la empresa empleadora haya cumplido con la obligación de pago de seguridad social en pensiones, en los años 2009 a 2016; no obstante al preguntársele al actor en el interrogatorio de parte, aceptó

estar afiliado al fondo de pensiones Protección durante toda la relación laboral existente con la demandada.

Al plenario fue allegada comunicación de fecha 14 de abril de 2009, fecha de iniciación del contrato entre las partes, dirigida por la empresa demandada al fondo de Pensiones y Cesantías ING, hoy Protección, en donde se informa que el señor VEZGA MARTÍNEZ RODRIGO ingresa a laborar para COLVISEG LTDA a partir de esa data, en el cargo de vigilante, devengando un salario de \$496.900; “con el fin de actualizar la base de datos y legalizar la afiliación ya que corresponde a un cambio de empleador” (fl. 76).

De conformidad con los desprendibles de pago de folios 97 a 99, se observa que la empleadora le efectuó los descuentos correspondientes por concepto de aportes a pensión, por los periodos correspondientes a noviembre y diciembre de 2016 y enero de 2017. De la misma manera, a folio 100 del plenario, obra certificado de aportes, con el que puede verificarse el pago de los aportes correspondientes a seguridad social en pensiones, salud, riesgos profesionales y caja de compensación familiar, para los periodos correspondientes a diciembre de 2016 y enero y febrero de 2017.

En virtud de lo anterior y para un mejor proveer, en esta instancia se ofició a la AFP Protección S.A. para obtener la historia laboral y relación de movimientos del demandante, la que fue allegada y obra a folios 10 a 25 del cuaderno del Tribunal, con los que se deduce que la accionada realizó aportes a seguridad social integral, durante todo el tiempo de la vigencia del contrato.

En este sentido, se logra verificar el pago correspondiente a los aportes que echa de menos la parte actora, y en consecuencia, no hay lugar a impartir condena tampoco sobre este punto.

Bajo las anteriores condiciones, se confirmará la sentencia de primer grado en su integridad. Sin costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de febrero de 2022 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO/ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 028 2021 00214 01
DEMANDANTE: ENRIQUE CABRERA
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril 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 Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de agosto 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 20 de septiembre de 2007. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer, liquidar y pagar, debidamente indexada, la mesada catorce o mesada adicional de junio,

causada desde septiembre de 2008, hasta cuando sea incluido en nómina y, las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que laboró en la entonces Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por más de 20 años, en calidad de 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 20 de septiembre de 2007. Que la Caja Agraria, emitió Resolución No. 05666 de 5 de octubre de 2007, por medio de la cual le reconoció la pensión de jubilación convencional a partir del 20 de septiembre de 2007, en cuantía inicial de \$901.187,25, equivalente al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, reconociendo y ordenando el pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce; por Resolución 06118 del 13 de mayo de 2008, actualiza el salario base, elevando la cuantía inicial a \$1'490.747,62. La Caja Agraria, de manera unilateral suspendió el pago de la mesada adicional de junio. Finalmente, manifiesta que agotó la reclamación administrativa (archivo 01, fls. 1 a 12).

Al dar respuesta a la demanda, la UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el tiempo de servicio del demandante al momento del despido sin haber cumplido 55 años de edad y, los actos administrativos de reconocimiento y actualización de la prestación. Manifestó que no le constan o no son ciertos los restantes. Propuso la excepción previa de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales y falta de agotamiento de los requisitos de procedibilidad, y las de fondo de falta del cumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento y pago de la mesada catorce, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago y compensación, cumplimiento del deber legal de la unidad administrativa especial de gestión pensional y contribuciones parafiscales de la protección social, buena fe, legalidad de los actos administrativos que niegan el reconocimiento de la mesada 14 o mesada adicional y las declarables de manera oficiosa. Argumentó 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 08, fls. 1 a 12).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de agosto de 2022¹, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el señor ENRIQUE CABRERA le asiste derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio, a partir del mes de junio del año 2008, por haberse causado el derecho pensional antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 conforme las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP que le reconozca y pague la mesada adicional de junio al señor ENRIQUE CABRERA, a partir del mes de junio de 2008, para lo cual deberá cancelarle el retroactivo pensional causado hasta la fecha del correspondiente pago, de manera indexada.

TERCERO: DECLARAR no probados los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo.

CUARTO: AUTORIZAR a la demandada para que descuente del retroactivo a que tiene derecho el demandante, el porcentaje que en derecho corresponde, a los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

QUINTO: Las costas en esta instancia están a cargo de la demandada UGPP. Se señala como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

SEXTO: Sino fuere apelada la presente sentencia, se deberá CONSULTAR con el Superior, en cuanto le resultó adversa a los intereses de la entidad demandada.

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

¹ Carpeta: 12AudienciaSentencia 11-08-2022/Archivo de video.

legislativo 01 de 2005, que modificó la Ley 100 de 1993, para el reconocimiento de la mesada 14, pues su status pensional lo fue el 20 de septiembre de 2007 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 20 de enero de 1975 hasta el 27 de junio de 1999, y **ii)** la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en liquidación, mediante Resolución 05666 del 5 de octubre de 2007, le reconoció pensión de jubilación convencional a partir del 20 de septiembre de 2007, en cuantía inicial de \$901.187,25 y, por Acto Administrativo 06118 del 13 de mayo de 2008, actualizó la masada inicial en la suma de \$1'490.747,62 (archivo 01, fls. 17 a 20).

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 señala²:

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

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

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

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 20 de enero de 1975 hasta el 27 de junio de 1999 esto es, por más de 20 años³. Ahora, como quiera que nació el 20 de septiembre de 1952, alcanzó la edad de 55 años el mismo día y mes del año 2007⁴. 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.

² Archivo 01, fls. 56 a 57.

³ Archivo 01 fl. 17 a 20

⁴ Archivo 01, fl. 16 copia cédula de ciudadanía y, archivo 08, fl. 23 copia del registro civil de nacimiento

Prescripción

En el asunto bajo examen no se propuso este medio exceptivo.

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 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 trasferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado, como acertadamente lo declaró la juez de primera instancia (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
1/01/2008	31/12/2008		\$ 1.490.747,62
1/01/2009	31/12/2009	7,67%	\$ 1.605.087,96
1/01/2010	31/12/2010	2,00%	\$ 1.637.189,72
1/01/2011	31/12/2011	3,17%	\$ 1.689.088,64
1/01/2012	31/12/2012	3,73%	\$ 1.752.091,64
1/01/2013	31/12/2013	2,44%	\$ 1.794.842,68
1/01/2014	31/12/2014	1,94%	\$ 1.829.662,63
1/01/2015	31/12/2015	3,66%	\$ 1.896.628,28
1/01/2016	31/12/2016	6,77%	\$ 2.025.030,01
1/01/2017	31/12/2017	5,75%	\$ 2.141.469,24
1/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 2.229.055,33
1/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 2.299.939,29
1/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 2.387.336,98
1/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 2.425.773,11
1/01/2022	31/12/2022	5,62%	\$ 2.562.101,56
1/01/2023	31/12/2023	13,12%	\$ 2.898.249,28

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 Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de agosto de 2022.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



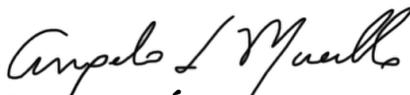
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 035 2020 00434 01
DEMANDANTE: SANDRA JEANNETTE PALACIOS ROBERTO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Skandia S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de diciembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada el 1° de abril de 1995 a través de la AFP Porvenir y, las efectuadas posteriormente con Protección y Skandia. En consecuencia, se ordenó a las AFP demandadas a trasladar todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, sin descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración, a Colpensiones y; a ésta última a

recibirla y afiliar de nuevo, sin solución de continuidad. Así mismo, se condene a las demandadas en costas y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 17 de junio de 1969. Cotizó de forma ininterrumpida al Instituto de Seguros Sociales del 29 de abril de 1988 al 31 de diciembre de 1994. Se trasladó Régimen del Ahorro Individual RAIS a través de la AFP Porvenir el 1º de abril de 1995; posteriormente a la AFP Protección el 1º de agosto de 1999 y, el 1º de noviembre de 2005 a Skandia.

Aduce que en las tres oportunidades, las AFP respectivas la persuadieron a través de engaños, para que se vinculara, pues sus representantes la presionaron sistemáticamente, bajo los argumentos de que en el Fondo Privado obtendría una mesada pensional superior a la que podría obtener con el ISS, que a ésta, el Estado la iba a acabar, lo que suponía un enorme riesgo para su pensión; no obstante, no se le suministró ningún tipo de información para realizar de manera consciente e ilustrada su traslado, ni se le realizó estudio o asesoría sobre el impacto y alcance que tendría ese cambio, tampoco recibió una proyección de su pensión, no se le explicó que perdería beneficios, pues bajo el RPM obtendría una mesada pensional mucho más alta; no recibió información acerca de la negociación de los bonos pensionales, ni que debía tener un capital mínimo suficiente para hacerse acreedora a una eventual pensión. Los Fondos Privados omitieron el deber de información que tienen por ley. Manifiesta que de haber conocido oportunamente dicha información y las implicaciones que traería para ella y su futuro, no se habría trasladado.

Para octubre de 2020, Skandia le entregó una proyección de su mesada pensional, en donde se indica que se pensionará a la edad de 57 años con una mesada pensional de \$1.464.372 mensuales; fecha para la cual contaba con 1764 días equivalentes a 252 semanas, lo que indica que tenía derecho al Bono pensional al momento del traslado al RAIS administrado por Porvenir S.A. Solicitó a Colpensiones el traslado, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 09).

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 al régimen de prima media, la solicitud de traslado y la respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló la excepción previa de falta de competencia, por reclamación administrativa y, como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que 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, archivo 28).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación y la vinculación a varias administradoras de fondos de pensiones privadas, sin que ejerciera su derecho de retracto; además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 34 fls. 1 a 31).

La AFP Protección negó las pretensiones. Indicó no constarle o no ser ciertos los hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración

cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes, traslados entre AFP'S como actos de relacionamiento en términos de la sentencia SL4934-2020 y, la innominada o genérica. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM y por el contrario, se vinculó a otras administradoras de fondos de pensiones privadas (expediente digital, archivo 36 fls. 1 a 25).

Skandia S.A., al contestar la demanda se opuso al éxito de las aspiraciones. De los hechos dijo ser cierta la vinculación de la actora a esta AFP, la proyección de mesada pensional y que registra en el RPM semanas válidas para bono pensional; respecto a los demás manifiesta no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones que denominó: Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y las demás declarables de oficio. En su defensa alegó que la demandante no acreditó los fundamentos fácticos para obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación; que la elección fue libre y voluntaria y, se materializa con la suscripción del formulario de afiliación; aduce haber cumplido el deber de información a cargo de los Fondos de Pensiones y, que la demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado en atención a la edad, sin que sea beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 26 fls. 1 a 20).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 16 de diciembre de 2022 (expediente digital, archivo 59), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por Sandra Jeannette Palacios Roberto, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PORVENIR S.A., y en consecuencia, se ordena a la AFP SKANDIA S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a las AFP PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A Y SKANDIA S.A a pagar cada una con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que la demandante permaneció afiliada en cada fondo, como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones a volver a afiliar a SANDRA JEANNETTE PALACIOS ROBERTO al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías SKANDIA S.A.

CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada AFP Porvenir S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, que se incluirá en la liquidación de costas. Sin costas a cargo de Colpensiones y Protección S.A. y Skandia S.A.

QUINTO: En caso 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 de la actora, 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 generan el sistema en el tema pensional, información 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

Inconformes las demandadas Skandia y Colpensiones, recurrieron la sentencia.

Skandia solicita se revoque la condena impuesta tendiente a devolver los gastos de administración, seguros previsionales y comisiones, teniendo en cuenta que son descuentos que se realizaron en virtud de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por la administración de la cuenta de la demandante de manera diligente, para generar unos rendimientos; por lo que se estaría causando un perjuicio al patrimonio, toda vez que esos dineros ya han sido utilizados para la administración en general de la cuenta de ahorro individual de la demandante y, al ordenarse su devolución, se estaría descapitalizando la cuenta de la administradora.

Colpensiones reprocha la sentencia atendiendo el principio en insensibilidad de la ley. Aduce que se debe tener en cuenta la calidad de la demandante y los conocimientos que tenía, quien conocía el comportamiento financiero de las administradoras, por lo cual realizó 3 traslados horizontales a las AFPS. En materia del traslado nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría. La declaratoria injustificada de ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la Seguridad Social de los demás afiliados. En caso de que se confirme la condena, solicita se ordene a los fondos del régimen de ahorro individual, se abstengan de realizar deducciones por conceptos de seguros previsionales, tales como invalidez y sobrevivencia, toda vez que estos contribuirían con la descapitalización del sistema pensional; se autorice a la administradora a obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para tal fin y, no se condene en costas en ninguna de las instancias 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 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 perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones, desde el 29 de abril de 1988 al 31 de marzo de 1995 (expediente digital, certificado de semanas, archivo 31); migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 28 de marzo de 1995 (expediente digital, archivo 34, fls. 86 y 89); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Protección, a partir del 16 de diciembre de 2002 (expediente digital, archivo 36 fl. 34) y, finalmente, a la AFP Skandia mediante vinculación del 23 de septiembre de 2005 (expediente digital, archivo 26, fl. 35).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que como en abril de 1995, hizo su primer traslado a Porvenir; dice que le hicieron la afiliación, había un boom mediático, se habían constituido recientemente los fondos de pensiones privados y en su mayoría todo el mundo buscaba pasarse a un fondo de pensión privado, teniendo en cuenta que muy posiblemente el Seguro Social se iba a acabar. Fue un asesor a las oficinas donde trabajaba, había varias personas que se iban a trasladar, pero les

hicieron una breve explicación individualmente, de 5 a 10 minutos, donde ellos diligenciaban el formulario, y cada uno verificaba sus datos y firmaba para trasladarse. El asesor básicamente le habló que era más rentable y mejor respaldo estar en los fondos privados. No ha retornado al régimen de prima media durante estos 27 años, porque cuando intentó hacerlo se lo negaron. Antes no lo había hecho porque no pensaba en la pensión. Realizó traslados horizontales en el RAIS, porque en ese momento le ofrecían mejor respaldo, pero no hubo mayor asesoría; recuerda que le hablaron que los ahorros iban a tener una mejor rentabilidad, pero no recuerda si le estaban hablando de un porcentaje, una cifra, o de qué era. En los diferentes cambios que se dieron en periodos diferentes, se presentaba alguien del fondo de pensiones y básicamente lo que decía es que era una mejor rentabilidad respecto a lo que tenía en su momento o al fondo al que se encontraba afiliada. Adicionalmente a los rendimientos no se le ofreció algún otro beneficio. A Skandia se trasladó porque tenía respaldo internacional, entonces hablaban de una mejor rentabilidad en sus ahorros, pero el trámite fue igual, el asesor llenó el formulario y ella firmó. No sabía ni le informaron que en los fondos privados su pensión se iba a derivar de esos aportes para pensión y esos rendimientos que le ofrecía el fondo, si lo hubiera sabido, no se habría trasladado. No ha solicitado pensión. Nunca le dijeron que iba a pasar con los dineros que había aportado al Instituto de Seguros Sociales luego del traslado, tampoco que en el régimen privado iba a tener una cuenta de ahorro individual que se iba a llenar con los aportes a pensiones que realizará, o que podría hacer aportes voluntarios, ni qué pasaría con sus ahorros en caso de que falleciera, los datos de beneficiarios los incluyó porque se los preguntaron; no se le informó sobre la pensión anticipada, ni sobre devolución de saldos. Antes de realizar el traslado a Porvenir, no conocía los requisitos que exigía la ley para que pudiera pensionarse, actualmente sí. Quiere retornar a Colpensiones porque cuando empezó a averiguar lo del tema pensional y le hicieron la asesoría, se dio cuenta que estaba totalmente perjudicada en el tema de cómo se pensionaría.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código

General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

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

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

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Porvenir S.A. y 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 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 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.

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

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia 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 Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de diciembre de 2022, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a Skandia Pensiones y Cesantías 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; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Asimismo **CONDENAR** a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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 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 ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



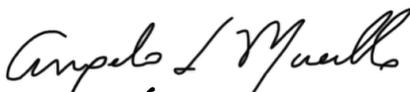
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

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 035 2021 00545 01
DEMANDANTE: IVÁN SUÁREZ LOZANO
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de junio 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 condene a la demandada a reconocerle la pensión de jubilación convencional, a partir del 31 de diciembre de 2014, bajo los parámetros del artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social; liquidada con base en el promedio de lo percibido en los 3 últimos años de servicio; debidamente indexada y, teniendo en cuenta que percibe pensión de vejez desde el 11 de octubre de 2020. Asimismo, se condene en costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 11 de octubre de 1958. Prestó servicios al ISS, entre el 4 de julio de 1989 y el 31 de

diciembre de 2014, en calidad de trabajador oficial, como Auxiliar Administrativo. Manifestó que entre la organización sindical Sintraseguridad Social y el Instituto de Seguros Sociales, se suscribió una convención colectiva de trabajo el 31 de octubre de 2001, con vigencia diferencial, de la cual era beneficiario, estableciendo en su artículo 98 la pensión de jubilación, entre otros, para quienes se jubilaran entre el 1º de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2016; norma que se encontraba vigente para el 31 de diciembre de 2014. Aduce que cumple los requisitos referidos, pues cuenta con 55 años de edad y completó más de 20 años al servicio del ISS. Mediante Decreto 2013 de 2012 se ordenó la supresión y liquidación del ISS, asumiendo la UGPP el reconocimiento de las pensiones de los extrabajadores. Solicitó el reconocimiento de la pensión convencional, obteniendo respuesta negativa. Informa que Colpensiones le concedió pensión de vejez (expediente digital, archivo 01).

Al dar respuesta a la demanda, la UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó la data de nacimiento del actor, la convención colectiva suscrita, la liquidación del ISS, a asunción de sus obligaciones, la reclamación administrativa y la respuesta negativa. Manifestó no constarle, no ser ciertos o no ser situaciones fácticas los restantes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y las demás declarables de oficio. Argumentó que el Acto Legislativo 01 de 2005 impide el reconocimiento de la prestación reclamada, por cuanto el demandante al 31 de julio de 2010, no reunía el lleno de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional (expediente digital, archivo 011, fls. 55 a 59).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de junio de 2022 (archivo 17), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social – UGPP, a reconocer y pagar a favor de IVÁN SUÁREZ LOZANO, la pensión de

jubilación convencional a partir del 1 de enero de 2015 en cuantía inicial de \$5`111.317,33 pesos. Y como consecuencia, se ordena cancelar la suma de \$345`895.576,88 por concepto de retroactivo pensional causado durante el periodo comprendido entre el 15 de abril de 2018 al 30 de junio de 2022, el cual incluye la mesada adicional y reajustes anuales. A partir del 1 de julio de 2022, la demandada deberá pagar debidamente ajustada la mesada a la que tiene derecho el actor, con sus respectivos reajustes legales y mesada adicional.

SEGUNDO.- CONDENAR a la Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social - UGPP a pagar a IVÁN SUÁREZ LOZANO, el retroactivo correspondiente en forma indexada, de conformidad con la parte motiva.

TERCERO.- Se declara probada parcialmente la excepción de prescripción propuestas por la demandada y no probadas las demás.

CUARTO.- Condénese en costas a la parte demandada, por tanto, se fija a su cargo la suma de \$1.000.000, como agencias en derecho.

Como sustento de su decisión, señaló que la vigencia de la norma convencional está establecida en su cuerpo normativo hasta el año 2017 y, el demandante logró acreditar los requisitos previstos en dicha norma para acceder al derecho pensional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, al argumentar que el demandante no cumple con los requisitos de la pensión convencional, pues este acuerdo convencional perdió vigencia el 31 de octubre de 2004, por lo tanto no es beneficiario de la convención colectiva, en tanto el acto legislativo 01 de 2005 eliminó del ordenamiento jurídico lo concerniente a las pensiones convencionales.

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 de derecho al reconocimiento de pensión prevista en la convención colectiva suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y Sintraseguridad Social.

Se encuentra acreditado dentro del proceso que: **i)** el promotor del juicio prestó sus servicios personales al extinto Instituto de Seguros Sociales del 4 de julio de 1989 al 31 de diciembre de 2014, desempeñándose como Auxiliar Administrativo, como consta con la certificación electrónica de tiempos laborados – CETIL (archivo 02, fls. 18 a 23); **ii)** nació el 11 de octubre de 1958, por lo que cumplió 55 años el mismo día y mes de 2013, según se verifica con la copia del registro civil de nacimiento y de la cédula de ciudadanía (archivo 02, fls. 5 y 7) y; **iii)** era beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad social, conforme se estipula en el artículo 3 del convenio (expediente digital, archivo 02, fl. 40).

El 9 de abril de 2021, el señor Suárez Lozano solicitó a la accionada el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, pero, le fue negada mediante Resolución RDP 023062 de 3 de septiembre de 2021, bajo el argumento de no cumplir los requisitos de edad y tiempo al 31 de octubre de 2004, fecha en que perdió vigencia el convenio colectivo (documento 02, fls. 12 a 15).

Pues bien, en relación con las pensiones convencionales, 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 que perderían vigencia el 31 de julio de 2010.

Así, el problema jurídico planteado en el presente asunto, consiste en determinar si la prestación jubilatoria contenida en la cláusula 98 de la Convención Colectiva de Trabajo, convenida entre el Instituto de Seguros Sociales y Sintraseguridadsocial en octubre de 2001, había perdido vigencia para el 11 de octubre de 2013, fecha en que el actor cumplió la edad de 55 años, y había superado los 20 años de labores al servicio del Instituto, para acceder al derecho, con arreglo a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

El precepto convencional en cita dispone:

“ARTÍCULO 98: PENSIÓN DE JUBILACION. El trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.

(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.

(iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.

Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración:

- a. Asignación básica mensual
- b. Prima de servicios y vacaciones
- c. Auxilio de alimentación y transporte
- d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras
- e. Valor del trabajo en días dominicales y feriados

No obstante lo anterior cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y, de vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento (100 %) del promedio a que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez.

(...)” Negrillas y subrayas de la Sala.

Con arreglo al anterior precepto, para acceder a la referida pensión de jubilación, en el sub lite, el actor debía acreditar un tiempo de servicios de veinte (20) años o superior, continuos o discontinuos y, cincuenta y cinco (55) años de edad por ser hombre; lo que como se reseñó en precedencia, quedó acreditado en el presente caso para el 11 de octubre de 2013, fecha en que el actor alcanzó los 55 años.

Ahora bien, no obstante que la reforma constitucional del Acto Legislativo 01 de 2005, en principio dejó sin efectos los derechos pensionales convenidos de manera extralegal entre empleadores y trabajadores, válidamente celebrados, a partir del 31 de julio de 2010, ya que, con posterioridad a esa data, no se podían reconocer las pensiones en él contenidas, salvo para los trabajadores que habiendo cumplido la totalidad de los requisitos previamente, sólo les faltara su otorgamiento; también dejó expreso que las reglas de carácter pensional se mantendrían por el término inicialmente estipulado.

Así, no puede pasarse por alto que es el mismo contenido normativo plasmado en el convenio colectivo suscrito en el 2001, que consagró unas fechas posteriores para el reconocimiento de la pensión de jubilación pactada, como se lee de los numerales (ii) y (iii) del citado artículo 98, en donde de manera expresa quedó pactado el otorgamiento del derecho **“Para quienes se jubilen entre el 1º de enero de 2007 y 31 de diciembre de 2016” y “Para quienes se jubilen a partir del 1º de enero de 2017”**; sin que ahora, en virtud de la reforma pueda entenderse derogadas tales condiciones específicas, ya que se trata precisamente del término inicialmente estipulado.

Así lo ha explicado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al resolver casos de contornos similares al presente, frente a dicha cláusula convencional, puntualizando la procedencia del derecho a la pensión de jubilación, aun cuando se causa con posterioridad al 31 de julio de 2010, por cuanto de conformidad con el artículo 98 su

vigencia se extiende hasta el año 2017. Así lo refirió en sentencia CSJ SL3635-2020, reiterada más recientemente en la CSJ SL2503-2022:

Bajo ese contexto, tal como se determinó en la sentencia CSJ SL2543-2020, en principio, no es posible extender los efectos de las cláusulas convencionales de carácter pensional más allá del 31 de julio de 2010. Sin embargo, asevera la Sala que, cuando una disposición colectiva consagre una vigencia que cubra un periodo superior a esa data, debe respetarse, pues, es claro, de una parte, que si se previó de esa manera desde su inicio, es porque la voluntad de las partes fue la de darle a dichas disposiciones jubilatorias mayor estabilidad en el tiempo y, de otra, al quedar incorporadas en el texto convencional, constituyen derechos adquiridos y garantía a la legítima expectativa de adquirir el derecho pensional de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva de trabajo que firmaron, mientras continúe vigente, así esa vigencia supere el límite del 31 de julio de 2010.

Así es, porque los compromisos consagrados en las convenciones colectivas de trabajo constituyen derechos adquiridos, bien porque ya se han causado o bien porque hacen parte de aquellas prerrogativas concretas que, aunque no estén consolidadas, sí han determinado una expectativa válida respecto de la permanencia de sus cláusulas, basadas en el principio de la buena fe que atención al principio de la confianza legítima, significa, en el horizonte, que se alcanzarán los requisitos para su afianzamiento durante el término de su vigencia.

Ello, porque tal como tantas veces lo ha dicho esta Sala, la convención colectiva de trabajo es una verdadera fuente de derechos y obligaciones por lo menos durante el tiempo en que la misma o algunas de sus cláusulas conserven su vigencia, de modo que su ámbito de protección cubra los derechos consolidados y trasciende a las expectativas que eventualmente se alcancen durante el término pactado.

Esa y no otra, fue la intención del constituyente secundario al consagrar en los parágrafos transitorios 2.º y 3.º del Acto Legislativo 01 de 2005, el respeto por los derechos adquiridos, sujetándolos al término inicialmente pactado por las partes hasta su extinción, incluso más allá del 31 de julio de 2010, el cual incluye las prórrogas automáticas, estas sí con límite hasta esa data, tal como lo dejó sentado la Corte en las sentencias CSJ SL2543-2020, CSJ SL2798-2020 y CSJ SL2986-2020.

En esa línea de pensamiento, se advierte que en el presente asunto el promotor del juicio tiene derecho al reconocimiento de la prestación convencional implorada, al verificarse el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 98 de la CCT, para ostentar derecho a la pensión de jubilación, en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en los tres últimos años de servicio, como lo establece el numeral *ii*) de dicho precepto; pues como quedó visto, prestó sus servicios personales al extinto Instituto de Seguros Sociales del 4 de julio de 1989 al 31 de diciembre de

2014, esto es, por más de 20 años y, cumplió los 55 años de edad el 11 de octubre de 2013.

(i) De la liquidación de la pensión

En el expediente de anexos29112021_103747 en el documento 02, a folios 18 a 22, fue allegado el documento certificación electrónica de tiempos laborados - CETIL, que da cuenta de los factores salariales devengados por el actor durante los tres últimos años de servicio. Realizadas las operaciones aritméticas correspondientes, en aplicación de lo dispuesto en el numeral (ii) del artículo 98 de la norma convencional, es decir, con la inclusión de los factores de remuneración allí indicados (asignación básica mensual, primas de servicios y vacaciones, auxilio de alimentación y transporte), y certificados, se establece que el promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio, asciende a \$5'111.317,33 valor que correspondería a la mesada para el año 2015, como lo determinó el juez de conocimiento, por lo que el fallo consultado será confirmado en este punto.

La mesada pensional determinada, deberá ser incrementada año a año con los reajustes legales correspondientes y se pagará a razón de 13 mesadas al año como acertadamente concluyó el juzgado de conocimiento.

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

(ii) De la prescripción

En el asunto bajo examen operó el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que el derecho se hizo exigible el 1 de enero de 2015, día siguiente a la terminación del vínculo laboral, y el demandante reclamó ante la entidad el reconocimiento de la prestación el 15 de abril de

2021 (archivo 02, fls. 8 y ss), 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 1º de diciembre de 2021 (archivo 04). En consecuencia, las mesadas causadas con anterioridad al 15 de abril de 2018 se encuentran prescritas, como acertadamente concluyó la primera instancia.

(iii) De la compartibilidad pensional

Finalmente, debe precisarse que el artículo 5º del Acuerdo 029, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, consagra para los empleadores inscritos al Instituto de Seguros Sociales que a partir de la fecha de publicación del mismo, otorguen pensiones de jubilación reconocidas en convención, pacto, laudo arbitral o voluntariamente, siempre que continuaran cotizando para los riesgos de invalidez, vejez y muerte hasta el momento en que los afiliados cumplieran los requisitos exigidos por el Instituto, para que a partir de ese momento los empleadores solamente tuvieran a su cargo el mayor valor respecto de la pensión que venían recibiendo.

En el asunto que nos ocupa, se encuentra acreditado que el Instituto de Seguros Sociales efectuó cotizaciones al actor durante todo el tiempo de la relación laboral, e incluso reporta cotizaciones con posterioridad a través de Fiduagraria S.A. Fidecomiso PAR, hasta el 31 de mayo de 2017, acreditando un total de 1705 semanas de cotización en toda su vida laboral, razón por la cual, Colpensiones reconoció la pensión de vejez a través de Acto Administrativo No. SUB248088 del 17 de noviembre de 2020, a partir del 11 de octubre de esa anualidad, en cuantía inicial de \$1'478.565 (documento 02, fls. 25 a 33); razón por la cual, el fallo será adicionado en el sentido de indicar que la pensión aquí reconocida, tendrá el carácter de compartida con la reconocida por Colpensiones al demandante, quedando en adelante a cargo de la UGPP únicamente el mayor valor.

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

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

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de junio de 2022, en el sentido de indicar que la pensión aquí reconocida, tendrá el carácter de compartida con la reconocida por Colpensiones al demandante, quedando en adelante a cargo de la UGPP únicamente el mayor valor.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MUJILLO VARÓN
Magistrada
con salvamento de voto
035 2021 00545 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 00424 01
DEMANDANTE: ELFA EDILIA GERENA PUENTES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril 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 Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 de marzo de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Colfondos y la efectuada con Protección S.A. En consecuencia, se ordenó a ésta última a devolver el capital por el tiempo cotizado en el RAIS, válido para el bono pensional con los rendimientos provenientes del ahorro y cuota de administración, a COLPENSIONES y, a esta, a recibir y aceptar ese capital y pagar la pensión de vejez cuando se acredite el retiro del sistema. Así mismo, se condene en costas a las demandadas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 29 de septiembre de 1963. Ha cotizado 1354.85 semanas al sistema de seguridad social, entre julio de 1986 y abril de 2021, de las cuales 959.14

han sido al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A., 175.14 a Colfondos, entre mayo de 1995 y julio de 1999 y, 220.57 al régimen de prima media administrado por Colpensiones, entre julio de 1987 y abril de 1994. Se trasladó al RAIS a través de Colfondos, en mayo de 1995, por pertenecer esta AFP al grupo económico de su entonces empleador (Serdan S.A y Bavaria S.A.). En julio de 2002, ingresó a Distribuciones Lunes, donde fue afiliada a Protección S.A. sin autorización. En ninguna de esas oportunidades recuerda haber recibido formulario ni asesoría o información; solo se le colocaba de presente un formulario de afiliación a un Fondo, sin diferenciar las implicaciones que su suscripción conllevaba, por lo que solicitó los respectivos formularios a las AFP. Nunca le hicieron una proyección económica de a cuánto ascendería su pensión, ni la influencia del rendimiento del capital, no se le informaron las consecuencias del traslado al RAIS. Tampoco sobre la posibilidad de retornar al RPM, ni mostrarle cuadros comparativos que le permitieran ejercer libremente la elección de régimen pensional. Solicitó a las demandas la nulidad del traslado, obteniendo respuesta negativa. No es beneficiaria del régimen de transición. Pidió una proyección del valor de su mesada pensional en Protección, indicándole que el valor sería la garantía de pensión mínima, mientras en el RPM sería de \$2'074.000, más la posibilidad de aumentar el IBL de los últimos 10 años. Finalmente, aduce que su traslado es ineficaz, por atentar contra el consentimiento del afiliado y la libertad de elección de régimen, por cuanto no contó con la suficiente información, acerca de los beneficios y los posibles valores de su pensión de acuerdo a las cotizaciones que realizó (expediente digital, archivo 02, fls. 1 a 9).

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 régimen de prima media, la solicitud de traslado de régimen, la respuesta negativa y que la no beneficiaria del régimen de transición. Manifestó que los restantes no le constan o no son hechos. 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 8 fls. 2 a 41).

La AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la data de nacimiento de la actora, el total de semanas cotizadas, la afiliación a esta AFP, la solicitud del formulario con su respuesta y, que no está dentro del régimen de transición. Frente a los demás hechos manifestó no ser ciertos o no constarle. 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, la innominada o genérica. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Protección 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, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM y por el contrario, se vinculó a otras administradoras de fondos de pensiones privadas (expediente digital, archivo 09 fls. 3 a 25).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la afiliación a esta AFP y, manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva,

buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y las declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea de la demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, la actora no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, carpeta 19 fls. 2 a 19).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 3 de marzo de 2023 (expediente digital, archivo 24), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por Elfa Edilia Gerena Puentes, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP Colfondos, y como consecuencia de ello, se ordena a la AFP Protección S.A a trasladar a la administradora colombiana de pensiones – Colpensiones, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a las AFP Protección S.A Y Colfondos S.A a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que la demandante permaneció afiliada en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones a volver a afiliarse a Elfa Edilia Gerena Puentes al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías Protección S.A.

CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada AFP Colfondos S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de Colpensiones y Protección S.A.

QUINTO: En caso 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 de la actora, 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 generan el sistema en el tema pensional, información 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 manifestó que la voluntad y conformidad de afiliación de la demandante quedó ratificada al realizar múltiples traslados horizontales, y al permanecer por más de 25 años en dicho régimen. La declaratoria injustificada de ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la Seguridad Social de los demás afiliados. En caso de que se confirme la condena, solicita se ordene a los fondos del régimen de ahorro individual, se abstengan de realizar deducciones por conceptos de seguros previsionales, tales como invalidez y sobrevivencia, toda vez que estos contribuirían con la descapitalización del sistema pensional; se autorice a la administradora a obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para tal fin y, no se condene en costas en ninguna de las instancias 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 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 18 de julio de 1986 al 27 de abril de 1994 (expediente digital, archivo 08 fl. 242 a 243); migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos, el 4 de mayo de 1995 y, posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP ING, hoy Protección, a partir del 23 de julio de 2002 (expediente digital, archivo 09 fl. 40).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en 1995 entró por misión temporal a cervecería del litoral y cuando firmó, el Grupo Bavaria o el Grupo de la Cervecería, pertenecía al fondo Colfondos, entonces quedó inscrita, porque firmaba los papeles y ya quedaba afiliado, sin darse cuenta en ese momento a cual fondo había quedado afiliada. No se acuerda de haber estado afiliada a ING. No ha retornado al régimen de prima media porque cuando se dio cuenta ya no podía por la edad. No recibía ningún documento de Protección, tan es así que cuando empezó a averiguar lo de su pensión tuvo que preguntar a la compañía a dónde estaba afiliada. No ha solicitado reconocimiento de la pensión de vejez. Solicitó a Colpensiones su historia laboral y un simulacro pensional. Quiere regresar a Colpensiones por las garantías en el monto pensional. Que en Distribuciones lunes, trabajó desde el año 1997 hasta el 2006, firmó documentos y quedó trabajando sin tener la precaución de verificar en donde quedó afiliada para pensión. Nunca ha tenido asesoría de Colfondos ni de Protección.

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de

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

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

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Colfondos S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será modificada en este aspecto. Al

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

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y la demandante no está 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.

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

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

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 Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 de marzo de 2023, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a 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; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Asimismo, **CONDENAR** a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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 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 ante su no causación.

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 036 2021 00575 01
DEMANDANTE: MARTHA INÉS MUÑOZ RODRÍGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de febrero de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se ordene la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a la AFP trasladar los aportes cotizados y valores obtenidos como cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos, a Colpensiones y, a esta, a recibirlos. Así mismo, se condene a las demandadas en costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1 de marzo de 1988, cotizando 334 semanas en el RPM y 1045 en el RAIS. Que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y la entrada en el mercado laboral de las AFP, la demandante seleccionó a

Porvenir S.A. como su nueva administradora de pensiones, diligenciando el formulario de afiliación, encontrándose afiliada a esta entidad en la actualidad. Aduce que no recibió por parte del fondo privado información clara, oportuna, concreta y suficiente sobre los dos sistemas de pensiones; pues e le informó que el seguro social se acabaría, pero no le informaron que el valor de su mesada sería inferior que la que recibiría en el ISS, pues no le hicieron proyección pensional sobre el bono pensional, por el contrario, le prometieron que su pensión sería más alta y se pensionaría con menos edad; no se le informó sobre las consecuencias del cambio de régimen, ni sobre la tasa de reemplazo en relación con la pensión de vejez y como influiría esto en su pensión. Manifiesta que atención al cliente, le indicó que no podría solicitar el traslado a Colpensiones. Finalmente, que elevó solicitud a las demandadas, obteniendo respuesta negativa por parte de Porvenir y, sin respuesta de Colpensiones (expediente digital, archivo 01 fls. 6 a 20).

Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió afiliación de la demandante al ISS y la posterior afiliación al RAIS. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de caso de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, 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 seleccionó el régimen pensional de forma libre y voluntaria; que está incurso en prohibición legal para retornar en razón a la edad, sin que sea beneficiaria del régimen de transición; expuso que se debe proteger la sostenibilidad financiera del sistema pensional el cual se vería vulnerado con el traslado de la demandante (expediente digital, archivo 07 fls. 2 a 22).

La AFP Porvenir S.A. guardó silencio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8 de febrero de 2023 (expediente digital, archivo 13), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora Martha Inés Muñoz Rodríguez del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, con efectividad a partir del 6 de febrero de 1997, a través de Porvenir.

SEGUNDO: ORDENAR a Porvenir, a normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a Colpensiones, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas a la fecha de su pago.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUITO: CONDÉNESE en COSTAS a Porvenir S.A. y a Colpensiones, liquidando como agencias en derecho la suma de 1 Salario Mínimo Mensual Legal Vigente a prorrata de cada una de estas.

SEXTO: CONSÚLTESE con el superior la presente sentencia, a favor de Colpensiones según las reglas que establece el artículo 69 del Código de Procedimiento del trabajo y la Seguridad Social.

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones, solicitó revocar la sentencia al alegar que la entidad es un tercero de buena fe. Además el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, la AFP brindó información acorde con los lineamientos establecidos para la fecha del traslado, pues no le era exigible a los fondos de pensiones efectuar simulaciones o proyecciones pensionales más allá de suscribir el formulario de afiliación. Informó que así la demandante no hubiese recibido una asesoría adecuada, tal circunstancia está saneada por la afiliación por espacio superior a 20 años, y la conducta omisiva. Expuso que el traslado en la forma ordenada atenta contra la sostenibilidad financiera. Solicitó revocar la condena en costas, teniendo en cuenta que la entidad ha actuado de buena fe conforme al Derecho y a la ley y, no tuvo injerencia en el traslado efectuado en 1997.

La AFP Porvenir S.A. solicitó revocar la decisión específicamente en torno a la condena de retornar los gastos de administración, primas de seguro previsional y porcentaje destinado al Fondo de Garantía mínima, debidamente indexados, en atención a que la actualización no fue solicitada en la demanda y, por cuánto las cotizaciones de la afiliada no sufrieron pérdida o devaluación en el tiempo y, por el contrario, generaron rendimientos por la gestión realizada por la administradora.

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

Quedó demostrado dentro del proceso, según la historia laboral generada por Colpensiones, que la actora estuvo afiliada y cotizó al ISS desde el 1 de marzo de 1988 (expediente digital, archivo 07 fl. 23 a 29); y migró al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., en marzo de 1997, (expediente digital, archivo 01 fl. 60 a 71).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que venía afiliada con el anterior Instituto de Seguro Social desde el año 1988, luego se vinculó a la Rama Judicial aproximadamente en el año 1996; cuando a los juzgados, en esa época en edificio Hernando Morales, iban varios asesores de los fondos privados, y les insistían explicando algunos temas respecto a los fondos privados y al Seguro Social, pero no era una información muy completa. Lo que le explicaron fueron las ventajas de afiliarse, que en el ahorro individual se pensionaría con un monto mucho mejor que con el Seguro Social y a menor edad. Cuando fue a averiguar ya tenía 48 años de edad y ya no pudo retornar a prima media. Aduce que se siente engañada porque la asesoría no fue eficaz, oportuna ni clara, en el sentido de que solamente se explicaron ventajas más no desventajas ni riesgos. En esa época entendió que si ahorraba individual se pensionaría, pero no le especificaron que pasaría si sus condiciones económicas o laborales mejoraban; ahora sabe que en el fondo privado se pensionaría más o menos con 2 millones de pesos, lo que le generaría un detrimento económico. Acepta que hizo el traslado voluntariamente, pero indica que fue porque la información era muy lacónica. No le explicaron qué era una cuenta de ahorro individual, como funcionaban los rendimientos financieros, modalidades de pensión, qué pasaría en caso de que falleciera, qué pasaría con los dineros que hasta ese momento había cotizado en el ISS, que podía hacer aportes voluntarios, ni sobre el derecho de retracto; no recibió extractos, solo empezó a recibirlos en el último año. La

información en el momento de la asesoría fue muy rápida, daban una charla y socializaban el formulario de afiliación.

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

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.

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

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

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

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

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

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

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 Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de febrero de 2023, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **DECLARAR** que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación

pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



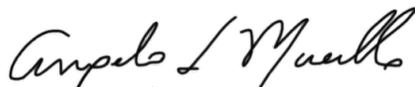
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

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 039 2021 00398 01
DEMANDANTE: LUIS ENRIQUE RUIZ ALBA.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Visto el memorial de sustitución de poder allegado en esta instancia por la apoderada general de la parte demandada (archivo 4), se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. ORIANA ESPITIA GARCIA, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.034.305.197 y T.P. No. 291.494 del C.S. de la J.

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de diciembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia o, en subsidio la nulidad, del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 18 de octubre de 1995 a través de la AFP Protección S.A. y, posteriormente a Colfondos. En consecuencia, se ordenó a este último fondo a realizar el traslado de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual, esto es, bonos pensionales, aportes, rendimientos

financieros, intereses, comisiones, reintegro por el cobro de servicios financieros y cuotas de administración a Colpensiones y, de ser el caso, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el Régimen de Prima Media; y; a esta última, a recibirlo sin solución de continuidad, declarando que es la encargada de reconocerle la pensión cuando acredite los requisitos. Así mismo, se condene a las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 24 de septiembre de 1961; estuvo afiliado al sistema general de pensiones administrado por el ISS, desde el 30 de mayo de 1987, acumulando un total de 92.29 semanas; el 18 de octubre de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Protección S.A., en su lugar de trabajo y por requerimiento de su empleador, cuando un asesor de la administradora le diligenció un formulario de solicitud de vinculación, sin advertirle que lo trasladaría de régimen; y posteriormente, el 18 de septiembre de 2000, se trasladó a Colfondos S.A. por decisión de su empleador.

Asegura que en ninguna de las ocasiones se le informó acerca de las consecuencias, ventajas y desventajas de trasladarse de régimen; beneficios, modalidades pensionales, diferencias entre las condiciones de edad, cambio de la mesada pensional, o manejo de los rendimientos financieros del capital; no le informó acerca de la imposibilidad de regresar al régimen de prima media en cualquier momento, ni se le presentó acreditación alguna que demostrara su preparación y capacitación en traslado entre regímenes pensionales; no se le dio la información idónea, suficiente y veraz acerca de las características del RAIS, las consecuencias del traslado, ni las exigencias legales para la consolidación de su derecho pensional. El asesor le manifestó que de no trasladarse a un fondo privado, perdería los aportes efectuados en el ISS que se estaba por liquidar y, le prometió que su pensión sería reconocida al cumplir 60 años de edad, con una mesada pensional muy superior a la que le correspondería de mantenerse en el régimen de prima media. Asegura que

de haber recibido la información correcta no se habría trasladado de régimen pensional o habría retornado en tiempo.

Manifiesta que Colfondos le ha proyectado una mesada de un 110% del salario mínimo, cuando alcance un capital de \$306.191.613, por lo que de mantenerse afiliado al RPM, percibiría una pensión de vejez superior y lo haría a la edad de 62 años. Indica que ha cotizado 1173.19 semanas al sistema pensional. Presentó reclamación a las demandadas, obteniendo respuestas negativas (expediente digital, archivo 01, fls. 1 a 15).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante, la afiliación y cotizaciones al ISS, las cotizaciones a Colfondos, la solicitud elevada y su respuesta negativa. 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 07 fls. 2 a 50).

La AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó ser cierta la data de nacimiento del actor, el traslado y cotizaciones a esta AFP, el traslado a Colfondos y, la solicitud de traslado. 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, 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, 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, traslado de aportes y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación del demandante al fondo de pensiones Protección se efectuó de manera libre y voluntaria, completamente libre de vicios del consentimiento, lo que se corrobora con el formulario de afiliación, brindando una asesoría completa y comprensible, conforme a la normatividad de la época, siendo su traslado válido; sin ejercer su derecho de retracto, ni regresar al RPM en oportunidad (expediente digital, archivo 06 fls. 3 a 38).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la fecha de nacimiento del demandante, el traslado de régimen, el traslado horizontal, las cotizaciones al RAIS, la proyección pensional, la solicitud de traslado y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o constarle los demás hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación 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 al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea del demandante, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, el actor no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, carpeta 10 fls. 4 a 33).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 1 de diciembre de 2022 (expediente digital, archivo 19), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor LUIS ENRIQUE RUIZ ALBA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PROTECCIÓN y con efectividad a partir del 01 de noviembre de 1995 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó el régimen de prima media, situación que también se predica de la afiliación que hizo entre PROTECCIÓN y COLFONDOS.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCION a que transfiera las sumas de dinero a COLPENSIONES que recibió por gastos de administración o comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos debidamente indexados, durante el tiempo que estuvo afiliado el demandante, del 1º de noviembre de 1995 al 31 de octubre de 2000.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos, bonos pensionales si se ha redimido, los gastos de administración o comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros de que tratan los numerales segundo y tercero, y reactive la afiliación del actor al régimen de prima media, sin solución de continuidad.

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

SEXTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener los eventuales perjuicios que se puedan causar y, en contra de Protección y Colfondos.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a PROTECCION S.A. y COLFONDOS S.A., dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000. las costas se deberán liquidar conforme a la regla sexta del artículo 365, es decir, distribuir en partes iguales entre las condenadas se exonera a COLPENSIONES teniendo en cuenta las razones expuestas.

OCTAVO: CONSÚLTESE la presente decisión por tener órdenes a cargo de COLPENSIONES.

Como sustento de su decisión, señaló que ninguna de las AFP demandadas demostraron haber cumplido con su deber de información de manera clara y comprensible al momento de la afiliación ni posteriormente, sin que sea suficiente la simple suscripción del formulario; carga que les correspondía en los términos del artículo 1604 del Código Civil; obligación que además perdura durante todo el tiempo de afiliación y cuando se hacen traslados horizontales.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones manifestó que en el presente proceso el demandante sí fue objeto de una asesoría brindada por el fondo de pensiones Protección, el cual le brindó toda la información necesaria y características del régimen de ahorro individual. El demandante manifestó en el interrogatorio de parte que suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación, lo que no permite concluir que hubiese existido algún vicio en el consentimiento; aunado a que teniendo la posibilidad de retornar no lo hizo. No se dan los presupuestos para declarar la ineficacia y; las razones para querer trasladarse de régimen pensional son infundadas.

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 Instituto de Seguros Sociales desde el 30 de mayo de 1987 al 31 de octubre de 1995 (expediente administrativo, archivo 5), fecha a partir de

la cual migró al RAIS, a través de la AFP Protección S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, archivo 06, fl. 47 y 48).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que el 18 de octubre de 1995, les hicieron una reunión como a unos 30 compañeros, y les dijeron que lo mejor para pensionarse era el fondo que les estaban ofreciendo, no les dieron mayor información; solo que era lo mejor que se podía hacer, y entonces firmó; que fue una reunión que duró como de 25 a 30 minutos; no realizó preguntas, les dieron una pequeña explicación, les pasaron el formato de afiliación para diligenciarlo y firmarlo y eso fue en cuestión de 30 minutos y en horario laboral. No les informaron sobre el bono pensional, ni que iba a tener una cuenta individual a su nombre, a diferencia de Colpensiones, solo que los trasladaban de fondo a fondo, que era menor tiempo para pensionarse y que sería con más plata. Le informaron acerca de rendimientos financieros; no recibió extractos porque esos llegaban a la empresa y esta no se los hacía llegar. Se trasladó a Colfondos, porque estaba en otro empleo y reunieron a los trabajadores, les dijeron que tenían un convenio con otro fondo, que era mejor y que la empresa recomendaba que se trasladaran, pero no les dieron más información. Acepta haber firmado el formulario de traslado a Protección de manera libre. Informa que su motivación para retornar a Colpensiones es obtener una mejor mesada, porque entendió que es mejor pensionarse con el fondo público, información que no tenía antes. No sabe a cuánto ascendería su mesada en Colpensiones, cree que en el fondo privado sería de un salario mínimo. Nunca se acercó a obtener información acerca de su futuro pensional, suponía que todo estaba bien. No hizo aportes voluntarios, supone que es aportar de su plata. No se le informó qué pasaría con sus aportes pensionales en caso de que falleciera. Y sabe que a su nombre se encuentra una cuenta de ahorros individual en el fondo privado, porque ya le están llegando los extractos a su correo hace como unos 3 años.

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, 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 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 Colfondos S.A. administradora a la que se encuentra actualmente afiliado el accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). 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 el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021).

Por tanto, la sentencia se confirmará en estos apartes, pero se adicionara para indicar que al momento de cumplirse esta orden, los

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

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

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por 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 lo indicó la juez de primera instancia.

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

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

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 Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de diciembre de 2022, 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: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
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 039 2022 00005 01
DEMANDANTE: ANGELICA LOZANO QUITIAN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Visto el memorial de sustitución de poder allegado en esta instancia por la apoderada general de la parte demandada (archivo 4), se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. PAOLA ALEJANDRA MORENO VASQUEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.030.536.323 y T.P. No. 217.803 del C.S. de la J.

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de diciembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladarla, junto con todos los valores recibidos por cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses y rendimientos, a Colpensiones; y a esta a

recibirla como afiliada sin solución de continuidad. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 16 de abril de 1961. Realizó cotizaciones a seguridad social en pensiones en el ISS, desde el 1º de febrero de 1978 al 7 de julio de 1984 y, a la Caja de Previsión Social de Bogotá del 11 de agosto de 1986 al 30 de diciembre de 1995; cuando se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir, mediante formulario de afiliación diligenciado el 21 de diciembre de ese año. Aduce que al realizar el traslado de régimen, no se le informó sobre el derecho de retracto, ni recibió una asesoría profesional, clara, completa, suficiente, cierta y oportuna, que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos del RAIS y compararlos con el régimen de prima media; que para esa fecha el fondo privado no había implementado programas de capacitación para sus promotores y; no fue informada sobre la prohibición de trasladarse de régimen antes de cumplir 47 años de edad. Se encuentra afiliada a la AFP Porvenir y, no está pensionada. Finalmente, indica que las demandadas le negaron la anulación de su afiliación al RAIS (expediente digital, documento 01 fls. 3 a 17).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora, las cotizaciones al ISS y a la Caja de Previsión Social, el traslado de régimen, la petición elevada y la respuesta negativa. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no hizo uso del derecho de retracto y; que no se

configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 06 fls. 2 a 33).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, el traslado de régimen, la afiliación vigente a la AFP, su status de no pensionada, y la petición elevada, con su respuesta negativa. 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 05 fls. 2 a 24).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 1 de diciembre de 2022 (expediente digital, documento 14), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora ANGELICA LOZANO QUITIAN del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR antes Colpatria, con efectividad a partir del 1º de enero de 1996, es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la actora jamás se separó el régimen de prima media.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta individual junto con sus con sus rendimientos, bono pensional en caso de que se haya redimido, así como los gastos de administración o comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, emolumentos debidamente indexados al momento de cumplirse la sentencia.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros de que trata el numeral anterior, y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media, sin solución de continuidad.

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

QUINTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios o eventuales perjuicios que pueda acarrear el recibir a la señora Angélica Lozano Quitian al régimen de prima media.

SEXTO: CONDÉNESE EN COSTAS a PORVENIR, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, teniendo en cuenta lo explicado en la parte motiva.

SÉPTIMO: Concédase el grado jurisdiccional de Consulta por resultar adversa a COLPENSIONES.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP demandada no demostró haber cumplido con su deber de información de manera clara y comprensible al momento de la afiliación ni posteriormente, sin que sea suficiente la simple suscripción del formulario; carga que les correspondía en los términos del artículo 1604 del Código Civil; obligación que además perdura durante todo el tiempo de afiliación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas recurrieron a sentencia.

Colpensiones manifestó que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional, de conformidad con los preceptos legales y jurisprudenciales; asimismo, no se acreditó que haya existido algún tipo de engaño por parte de la AFP, pues nunca se retractó en más de 27 años, debiendo tener en cuenta el cumplimiento de los deberes que recaen en los afiliados, según el cual, las decisiones que se toman dentro del sistema general de pensiones manifestadas a través de documentos firmados o de otros medios, implica la aceptación de los efectos legales, costos o restricciones y demás consecuencias derivadas de las mismas.

Por su parte, Porvenir S.A., solicita se revoque la condena en atención a que el traslado es completamente válido, ya que precedido de la debida información o asesoría, y lo fue de manera libre y voluntaria, y que el formulario de afiliación suscrito es un medio probatorio, con el que se cumplía el deber de información de conformidad con las normas legales que se encontraban vigentes para la fecha en que se estructuró el traslado. Se opuso a la condena por traslados de gastos de administración y seguros provisionales de forma indexada, por cuanto no corresponden a dineros destinados a financiar la pensión de la demandante, correspondiendo a sumas por su debida gestión y, si se declara la ineficacia del traslado, también debe serlo sobre los frutos, bajo el entendido de que si el negocio jurídico no se celebró, Porvenir tampoco realizó administración. Así mismo las sumas por concepto de prima de seguro previsional, ya estas no se encuentran en su poder, sino en poder de la compañía aseguradora que se contrató para financiar las prestaciones; y en lo referente a la indexación, afirma que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar.

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 actora estuvo afiliada y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde 1 de febrero de 1978 al 7 de julio de 1984 (expediente administrativo, archivo 06, fls. 41 a 42) y, del 11 de agosto de 1986 al 30 de diciembre de 1995 estuvo vinculada a la Caja de Previsión Social de Bogotá (expediente digital, archivo 01, fl. 48); migró al RAIS, a través de la administradora Colpatria, hoy Porvenir S.A. el 2 de diciembre de 1995, mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, documento 05, fl. 25).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se trasladó a Colpatria en 1995 cuando estaba en la Secretaria de Educación, fueron unos asesores, pero en ningún momento le dijeron que eso era de pensiones y ella asumió que era de salud. En esa época no se le pasaba por la mente el tema de pensiones. No le dieron ninguna información. Cuando se quiso pasar a Colpensiones ya tenía más de 47 años. No leyó el formulario; el asesor le hacía las preguntas y ella firmó sin leer, porque estaba atendiendo público. No recibió extractos por parte de Colpatria, de Porvenir recibió hace como 3 años, fue a averiguar y se enteró que la pensionarían con el mínimo. Se enteró que estaba afiliada a Porvenir hace como 10 o 15 años, cuando se enteró fue y le dieron el historial de aportes, pero en ese tiempo tampoco le dieron información de con cuanto se pensionaría.

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.

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. 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 confirmara en este aparte, pero se adicionara 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, como lo indicó la juzgadora de primer grado.

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

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

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 Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de diciembre de 2022, 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: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

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 039 2022 00257 01
DEMANDANTE: LUIS IGNACIO URRIBO LONGAS.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de diciembre de 2022. 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. En consecuencia, se ordenó el traslado y afiliación a Colpensiones, sin solución de continuidad y, se condene a Porvenir a trasladar a aquella, la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, semanas de cotización y, demás dineros aportados al RAIS. Así mismo, se condene extra y ultra *petita* y las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que estuvo afiliado al sistema general de pensiones administrado por el ISS, desde el 3 de octubre de 1985. En agosto de 2000, un asesor de Porvenir lo visitó en su lugar de trabajo para trasladarlo al RAIS, asesor que no contaba con el título ni formación profesional en el régimen general de seguridad social en

pensiones, sin conocer la situación pensional real del actor. Aduce que no le informó ningún aspecto general ni propio respecto de su afiliación y futuro pensional en el régimen de prima media, ni que su pensión de vejez en el RAIS no superaría un 25% del IBC. En agosto de 2000, devengaba como salario mensual la suma de \$1.100.000, mientras el salario mínimo ascendía a \$260.100. La AFP no tuvo en cuenta que el demandante nunca tuvo el perfil financiero para acumular en su cuenta de ahorro individual, el capital equivalente 110% del salario mínimo legal. Al 13 de mayo de 2022, tenía como capital acumulado la suma de \$285.870.595. Manifiesta que el asesor le enfatizó que el ISS, dada su grave situación económica no podría garantizarle el reconocimiento de la pensión de vejez, ya que ni siquiera podría existir y, que resultaba un sistema inviable en la medida que no tenía las reservas para cumplir sus futuros compromisos pensionales; no le informó cómo operaba el régimen de prima media, cómo se pensionaría, ni las advertencias de los riesgos que existían por trasladarse, cómo opera financieramente el Fondo Privado, el valor de la pensión y el tiempo según la modalidad, las modalidades, rendimientos financieros, ni ventajas y desventajas; le informó lo referente a beneficiarios en caso de pensión de sobrevivientes. El 16 de agosto de 2000 firmó el formulario de vinculación sin recibir la información técnica suficiente, transparente, equitativa y adecuada. Presentó reclamación a las demandadas, obteniendo respuestas negativas (expediente digital, archivo 01, fls. 3 a 19).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación del demandante al ISS, la reclamación y su 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 07 fls. 2 a 43).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó ser cierto el valor del salario mínimo al año 2000, el capital acumulado del actor al 2022, la información sobre beneficiarios y, la reclamación presentada, con su respuesta. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; que la demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; y que durante su vinculación como afiliada de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (expediente digital, archivo 06 fls. 2 a 41).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 2 de diciembre de 2022 (expediente digital, archivo 16), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor LUIS IGNACIO URRIBO LONGAS del régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado a través de PORVENIR y con efectividad a partir del 01 de octubre de 2000 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que el actor jamás se separó el régimen de prima media.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos y, bono pensional en caso de que se haya redimido, así como los gastos de administración, comisiones de administración, las

primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos estos conceptos, desde gastos en adelante, debidamente indexados al momento de cumplir esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros de que tratan el numeral anterior, y reactive la afiliación del actor al régimen de prima media, sin solución de continuidad al régimen de prima media.

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

QUINTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios, en contra de Porvenir, como se explicó en la parte motiva.

SEXTO: CONDÉNESE EN COSTAS a PORVENIR, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, teniendo en cuenta todas las explicaciones que se dieron en la parte motiva.

SÉPTIMO: Ordénese la Consulta por resultar adversa a COLPENSIONES.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP demandada no demostró haber cumplido con su deber de información de manera clara y comprensible al momento de la afiliación ni posteriormente, sin que sea suficiente la simple suscripción del formulario; carga que les correspondía en los términos del artículo 1604 del Código Civil; obligación que además perdura durante todo el tiempo de afiliación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron sendos recursos.

La parte demandante reprocha de manera parcial, lo referente a la absolución de las costas y agencias en derechos de Colpensiones, toda vez que esta entidad solicitó la absolución de las pretensiones desde la contestación de la demanda y ejerció su defensa. La procedencia de las costas y agencias en derecho están establecidas en el artículo 361 del Código General del Proceso y responden a un criterio objetivo respecto del actuar que se tiene en la misma causa, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio.

Colpensiones manifestó que es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el actor y la AFP, por lo que con la decisión de traslado se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones. Solicitó que se mantenga la condena a Porvenir de reintegrar la totalidad de las cotizaciones y absolución en costas; y que se condene en perjuicios a la AFP.

Por su parte, Porvenir S.A., afirma que el traslado de régimen pensional en el año 2000, lo fue de manera libre, voluntaria e informada, y que las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban ya establecidas en la ley 100 de 1993, por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de información, en cumplimiento a sus deberes como consumidor financiero; siendo el formulario de afiliación suscrito es un medio probatorio. Se opuso a la condena por traslados de gastos de administración y seguros provisionales de forma indexada, por cuanto no corresponden a dineros destinados a financiar la pensión de la demandante, correspondiendo a sumas por su debida gestión y, si se declara la ineficacia del traslado, también debe serlo sobre los rendimientos, bajo el entendido de que si el negocio jurídico no se celebró, Porvenir tampoco realizó administración; y en lo referente a la indexación, afirma que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar. Reprocha las agencias en derecho.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 3 de octubre de 1985 al 31 de agosto de 2000 (expediente administrativo, archivo 11), fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, archivo 06, fl. 42).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que en el año 2000 fue un asesor de Porvenir a la empresa donde trabajaba, y les dijo que tenían que afiliarse a los fondos privados y que Porvenir era uno de los mejores fondos para tener la pensión de vejez; que el seguro social se iba a acabar; le dijeron que con el fondo se pensionaría antes de los 62 años de edad, que su mesada pensional sería mejor, que si quería no le darían mesada sino bono pensional. Considera que no se trasladó de manera libre y voluntaria, porque estaba acorde con el seguro social, pero como le dijeron que este se acabaría y que la opción era pasarse a los fondos, no tenía otra opción, pero no fue porque quisiera; aunque no verificó esa información. El formulario de vinculación lo llenó el asesor, preguntándole los datos; respecto a la inscripción de beneficiarios, manifiesta que el asesor le preguntó si tenía esposa e hijos y cuáles eran sus nombres, pero no le informó sobre la posibilidad de heredar su pensión en caso de fallecimiento; tampoco sobre rendimientos financieros; condiciones o requisitos para pensionarse anticipadamente y tener una mejor mesada pensional; aportes voluntarios; ni acerca de la edad legal de

prohibición para poderse trasladar entre regímenes pensionales. Le indicó que sus aportes pensionales iban a una cuenta de ahorro individual; del bono pensional le dijo que cuando cumpliera la edad o se quisiera pensionar, le daban todo el bono o sea toda la plata.

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

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

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

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha 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 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 estos apartes, pero se adicionara para indicar que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por 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 lo indicó la juez de primera instancia.

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de diciembre de 2022, 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: ADICIONAR el numeral sexto de la sentencia recurrida, en el sentido de ordenar la condena en costas en primera instancia, también a cargo de Colpensiones.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 10 2018 00336 01
DEMANDANTE: EDGAR RICARDO SARMIENTO BLANCO
DEMANDADO: LINEAS AEREAS SURAMERICANAS S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 02 de diciembre de 2021

I. ANTECEDENTES

El accionante demanda a Líneas Aéreas Suramericanas S.A., para que se condene a la empresa a reconocer y pagar la indemnización por terminación de contrato sin justa causa y los demás derechos a que haya lugar, en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narra que ingresó a laborar a la demandada el 19 de octubre de 2006 para ejercer el cargo inicialmente de copiloto y cuando finalizó era Piloto B727, que tenía a su cargo un copiloto a un ingeniero de vuelo asignado a la aeronave, a la tripulación y al personal a bordo, así como que dependía de la jefatura de pilotos; que luego de detallar sus funciones manifestó que desarrolló la prestación de servicios sin reparo alguno sin haber tenido una sanción disciplinaria.

Que el 10 de abril de 2017 la aeronave HK 1271 tenía vuelo LAU 2111 en la ruta Bogotá – Pasto cargando elementos de ayuda humanitaria, procede a realizar las revisiones pertinentes y teniendo en cuenta que la torre de control informa un viento que no permita practicar el despeje, la tripulación solicita demorar el descolaje. Así mismo, que una vez solicita la autorización para el despeje, inicia el remolque y hace las respectivas para iniciar motores; que el descolaje inicio a las 17:23 UTC con una velocidad aproximada de 130 nudos cuando el piloto sintió un fuerte golpe similar a una explosión, por lo que, el piloto tomó la decisión de abortar el descolaje y el procedimiento de despegue se realizó conforme al procedimiento establecido, sin embargo, el avión no alcanzó a detenerse dentro de la pista sino que se desplazó 50 a 100 metros fuera quedando en la zona de seguridad, y una vez el avión se detuvo la tripulación se percató del sonido explosivo que se había presentado.

Que al dar las versiones iniciales acerca de lo acontecido el demandante, el copiloto y el ingeniero de vuelos fueron coincidentes en afirmar que el despegue fue abortado en razón a un fuerte ruido o explosión; que en el informe de análisis e investigación del accidente determinó que el manual de operaciones especifica que en caso de escuchar ruidos inusuales se puede realizar la operación antes de 80 nudos y que se debe abortar el descolaje en caso de falla o fuego de motor o si el avión esta inseguro, así como que la ventanilla del copiloto requiere mayor fuerza para asegurar en comparación con la ventanilla del piloto, así como que el Director de operaciones indicó que la tripulación no hizo una correcta evaluación de la falla durante el despegue, pero, que en el referido informe no se tuvieron en cuenta las versiones realizadas por la tripulación.

Que el 26 de mayo de 2017 la entidad demandada citó a descargos al demandante para el 1º de junio de 2017 donde le señaló las fallas cometidas y las normas vulneradas, así como una prueba de los hechos un auto de suspensión de aviones por parte de la Aeronáutica Civil; que el demandante presentó descargos por escrito el 1º de junio del 2017 donde señaló que la decisión de abortar el descolaje se tomó de manera

responsable, así como que debido a la proximidad al despegue la tripulación no pudo efectuar una verificación previa, por lo que, la decisión de abortar se realizó a los protocolos de seguridad y cuidado, que utilizó todos los recursos necesarios para que se disminuyera las consecuencias del evento, y mediante comunicación de fecha de 23 de junio la empresa le refutó todo lo que expuso.

Que el 1º de junio de 2017 se afilió a la organización sindical denominada “Asociación Colombiana de Aviadores Civiles” y se presentó a diligencia de descargos con 2 miembros del sindicato, los cuales solicitaron la entrega previa de pruebas. Sin embargo, ese día no se realizó la diligencia de descargos y la empresa manifestó las omisiones de la tripulación, así como que los tripulantes se negaron a rendir descargos, y el demandante desvirtuó las constancias de señaladas por la empresa. Por su parte, la organización sindical solicitó la nulidad de los descargos, pero, la empresa decidió dar por terminado el contrato de trabajo el 30 de junio de 2017, manifestando que había incurrido en graves omisiones a sus funciones y responsabilidades, así como graves irregularidades en las versiones de la operación de la aeronave, las versiones libres dadas a la Aeronáutica Civil, a la psicóloga. Así como que no comunicó ni informó la falla durante la etapa de despegue, cuando se abortó el despegue, así como que incumplió todos los manuales y procedimientos propios del cargo.

Que el sindicato presentó recurso de reposición en contra de la decisión de terminar el contrato de trabajo, pero, el 13 de julio de 2017 la empresa decide confirmar la terminación de contrato de trabajo y cita el 21 del mismo mes y año a una audiencia para escuchar la versión del demandante, pero, esto era una simple formalidad. Sin embargo, la misma se llevó a cabo el 02 de agosto de 2017 y el 08 del mismo mes decide confirmar la terminación del contrato de trabajo.

Líneas Aéreas Suramericanas S.A., se opuso a la prosperidad de las peticiones. Aceptó el inicio de la relación laboral y la fecha de la terminación del contrato de trabajo, así como los cargos y las funciones y responsabilidades. En igual sentido, aceptó la autorización para el

despegue, así como que el Director de operaciones había expuesto que la tripulación no había realizado una correcta evaluación, el llamado a descargos, la fecha en que emitió el “Fallo disciplinario” donde expresó que el demandante incurrió en graves omisiones a sus funciones y responsabilidades y las irregularidades en las versiones. De igual manera, aceptó la fecha definitiva de la terminación de contrato, la audiencia para escuchar nuevamente la versión del demandante. De los restantes hechos, expresó que no eran ciertos y que no le constaba. Manifestó en su defensa que, durante el proceso disciplinario laboral, el demandante no se encontraba afiliado a la organización sindical, así como que le garantizó el debido proceso y defensa. Que al momento de despegar la aeronave lo hizo de manera indebida, errada atentando contra la seguridad operacional. Propuso como excepciones las que denominó como “Falta de legitimación para actuar del sindicato ACDAC”, existencia legalmente probada de justa causa de terminación de contrato de trabajo, inexistencia de vulneración de debido proceso y legítima defensa del trabajador, buena fe y la innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 02 de diciembre de 2021, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la tacha de credibilidad sobre el testimonio del señor JUAN CARLOS JARAMILLO, por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante EDGAR RICARDO SARMIENTO BLANCO y la sociedad LÍNEAS AÉREAS SURAMERICANAS S.A. entre el 19 de octubre de 2006 al 9 de agosto de 2017, en el cargo de piloto B727 y el último salario básico del demandante fue la suma de \$ 8.555.000, el cual fue terminado sin justa causa por parte del empleador, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada sociedad LÍNEAS AÉREAS SURAMERICANAS S.A a pagar al DEMANDANTE señor EDGAR RICARDO SARMIENTO BLANCO, LA INDEMNIZACION ART 64 C.S.T. en la suma de \$ 47.657.042, debidamente indexada, de conformidad a la fórmula establecida por la H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL.

TERCERO: SE DECLARAN NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA DEMANDADA y en consecuencia se condena en costas a la demandada favor del demandante, Tásense incluyendo como agencias en derecho la suma de \$ 2.500.000

Como sustento de su decisión, luego de valorar el extenso material probatorio, consideró que no estaba demostrado dentro el proceso que el demandante hubiese incumplido todos los procedimientos que señaló la demandada en el fallo que determinó la terminación del contrato del demandante, porque la aeronáutica menciona que se cumplieron con todos los procedimientos que si se hicieron todas las listas de chequeo. Así como que hubo una situación reiterada de apertura de ventanilla en la aeronave HK1271 que ya se habían presentado esas aperturas, pero nunca fueron reportadas. Que lo que motivó abortar el despegue fue un fuerte ruido y así lo expresó la Aeronáutica y eso es lo que estaba en el libro de vuelo en donde se hizo el reporte el día 10 de abril del año 2017 cuya imagen estaba en el mismo informe de investigación del evento que realizó la demandada. Por lo que se desvirtuó la afirmación de la demandada que el demandante violó absolutamente y desconoció todos los procedimientos. Que no se precisó específicamente cuales fueron los procedimientos que incumplió. Así mismo que ha habido una omisión por parte del empleador de hacer el correspondiente informe para que mantenimiento solucionara el problema puesto había ocurrido ese incidente anteriormente y había habido falta de diligencia de la misma aerolínea de solucionar el problema que generó esta situación del incidente, y es que se volviera a abrir la ventanilla, generó un sonido explosivo y que llevo al piloto a considerar que el vuelo era inseguro. Que se habló de unas versiones dadas a la aeronáutica civil, unas versiones dada a la psicóloga de la aerolínea pero que no se aportaron las declaraciones para poder establecer la diferencia entre esas versiones, tampoco se precisa dentro del “fallo disciplinario” cuales fueron las diferencias en las versiones. Así como que no se puede tener como una justa causa para terminar el contrato que un trabajador se niegue a rendir descargos, pero que el demandante si presento un documento escrito de descargos y debió haber tenido en cuenta la demandada y hacer análisis del mismo. Por tanto, determinó que había lugar a reconocer la indemnización consagrada en el artículo 64 del Código

Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 28 de la ley 789 de 2002, debidamente indexada

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada, argumentó que el demandante como comandante de la aeronave efectuó un procedimiento que no le está permitido conforme a los manuales de operaciones y manuales de funciones como piloto y de aeronave. Que el abortar del vuelo solo se puede hacer antes del B1 BR y que en ningún momento una supuesta explosión porque en todo tiempo se maneja de manera subjetiva la palabra explosión que nunca fue corroborada por el mismo demandante, así como que se tomaron decisiones erradas que generaron graves daños y perjuicios a la empresa, a la aeronave. De igual manera se expresó que se le dio un valor al informe de la Aeronáutica y este no se podía utilizar como un elemento para determinar responsabilidades o culpa, pero que fue utilizado como una forma de determinar responsabilidades a la demandada en el no chequeo de ventanas, en el no adecuado procedimiento. Que con los testigos y el interrogatorio de parte del representante legal de la parte demandada se demostró en varias ocasiones y se explicó claramente que jamás una apertura de ventana genera un ruido de explosión, genera un ruido de alta velocidad del viento. Que no se tuvo en cuenta el informe completo de seguridad dónde está debidamente documentado todo el indebido procedimiento del trabajador, así como que le da un valor al informe de la aeronáutica civil que desconoce los daños reales de un avión que es un informe que no tiene ningún valor asidero. Así como que le protegió el debido proceso del trabajador, le dio la oportunidad de hablar y si no quiso hablar se le respetó, porque a pesar de ello se le dio el trámite tanto a los recursos de reposición como el de apelación, que en su momento determinaba la ley conforme a los procedimientos disciplinarios internos de la compañía.

IV. CONSIDERACIONES

Le corresponde a la Sala definir dilucidar si el demandante fue despedido justamente y, en consecuencia, si es procedente absolver a la empresa demandada del pago de la indemnización por terminación de contrato de trabajo sin justa causa.

i) Justa causa del despido

En reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral ha puntualizado que al trabajador le corresponde probar el hecho del despido y al empleador la justa causa para exonerarse de indemnizar los perjuicios (CSJ SL284-2018). De igual manera, determinó que se debe escuchar al trabajador frente a las causales contenidas en los numerales 9º al 15º del art. 62 del Código Sustantivo del Trabajo (CSJ SL 2351 – 2020). Posteriormente, la Corte Constitucional determinó que el deber de garantizar al trabajador el derecho a ser oído o de poder dar la versión sobre los hechos, antes de que el empleador ejerza la facultad de terminación, se extendía a todas las causales de terminación de contrato de trabajo (CC SU.449-2020)

En la ejecución de dicha relación laboral se pueden presentar situaciones que contravengan las obligaciones o deberes del trabajador - arts. 58 y 60 CST- u otras análogas fijadas en el reglamento interno de trabajo como faltas disciplinarias, las cuales pueden ser sancionadas por el empleador, siguiendo para ello un conducto o procedimiento especial, regulado en el mismo reglamento y, en todo caso, siguiendo como mínimo lo mandado en el artículo 115 del CST. Además de ello, conforme al listado de justas causas previstas en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, el empleador cuenta con la facultad de terminar unilateralmente el contrato de trabajo. Ambas facultades, la disciplinaria y la finalización unilateral de la relación laboral, son claramente diferentes y específicas, por lo que se someten a reglas también diferentes.

En efecto, para que el empleador imponga una sanción al trabajador, debe agotar unas exigencias mínimas de debido proceso, conforme a los lineamientos fijados en el artículo 29 superior, las normas referidas en el

Código Laboral y la jurisprudencia constitucional, que claramente establece que en este ámbito –el sancionatorio- es deber de los empleadores privados y públicos, mantener el respeto por tal garantía y agotar, como mínimo, unos requerimientos desarrollados por la jurisprudencia constitucional –Sentencia C 539/2014 –

Otra cosa sucede con la facultad del empleador de finalizar una relación laboral de manera justificada, la cual se rige por un procedimiento completamente diferente al anterior, sin que allí sea necesario agotar ese trámite disciplinario -descargos y demás-, puesto que el despido no es en sí una sanción, salvo que las partes lo convengan. La terminación unilateral del contrato, es una facultad de la que gozan ambos extremos contratantes, para desligarse de la relación jurídica regulada por el contrato. Por tanto, por regla general, el despido no es una sanción, siendo excepcional que se revista de tal condición, debiendo para ello ser considerada por las partes, de manera expresa, en cualquiera de los documentos que regulan la relación laboral.

Al revisar el material probatorio aportado al plenario, se observa que se aportó la citación a diligencia de descargos al accionante para el 1º de junio de 2017 por haber tomado la decisión de abortar el despegue del vuelo LAU 2111 que cubría la ruta Bogotá – Pasto el 10 de abril de 2017, donde la recurrente manifestó que hubo una falla en la toma de decisión al momento de identificar la falla, así como que la decisión de abortar se hizo en una velocidad superior a 80 nudos, no se reportó las fallas en el libro de vuelo (fls 26, PDF 1 Expediente digital 2018 – 336). La versión escrita de los hechos planteada por el capitán Juan Carlos Jaramillo Betancourt el 02 de junio de 2017, donde expuso que cuando el comandante les informó que efectuaran un despegue estático para que la turbina no se estoleara por el viento cruzado y fue cuando sintieron una fuerte explosión y el comandante aborta el despegue, así como que se hicieron los llamados a la torre para informar el abortaje. De igual manera, expresó que el Manual Boeing Vol 1 – Taxi out and take off 03.20.38 indica que después de 80 nudos, el capitán puede abortar el despegue si lo considera peligroso o inseguro. Así como que los reportes debe realizarlos el ingeniero de vuelo

y no el copiloto. Que el freno neumático se utilizó como último recurso para el rejected take off procedure. Así como que no hubo ninguna violación a los procedimientos, así como que no hubo negligencia, descuido o mala intención. (fls 30 a 37, PDF 1 Expediente digital 2018 – 336) La versión del demandante donde expresó que le reportaron un viento para la pista 13 R, que luego revisar los cálculos y vio que no podía efectuar el despegue informó a la torre. Por lo que, después de 10 minutos procedió de nuevo a la pista. Que cuando tuvo una velocidad de 130 nudos sintió un fuerte golpe que produjo un sonido como de una explosión, lo que lo obligó a tomar la decisión de abortar el despegue. (fls 38 a 39, PDF 1 Expediente digital 2018 – 336) De igual manera, se aportó el informe vía correo electrónico del copiloto Juan Carlos Jaramillo Betancourt el 11 de julio de 2017 dirigido a Álvaro Mejía, Ricardo Sarmiento y Andrea Rodríguez de la Aeronáutica Civil donde informó acerca de un fuerte ruido. fls. 41, PDF 1 Expediente digital 2018 – 336) A su vez, se aportó un informe del Director de Operaciones donde concluyó que la tripulación inicia maniobra de RTO por encima de 80 knots sin tener falla comprobada y no efectuó el reporte en el libro de vuelo de la falla de la ventana (fls. 45 a 56, PDF 1 Expediente digital 2018 – 336) La versión escrita de los hechos planteada por el capitán Ricardo Sarmiento, donde copió el informe que rindió a la Aeronáutica Civil, agregando que la situación fue un hecho imprevisible porque exigía una respuesta inmediata como responsable cumpliendo con los protocolos exigidos, así como que después de 80 nudos, el capitán puede abortar el despegue si lo considera peligroso o inseguro. Que en el libro de vuelo se anotó el abortaje producto de una fuerte explosión y que recibió la recomendación de omitir esa anotación, así como el suceso de la ventana había sucedido en 2 o 3 ocasiones y la entidad tenía conocimiento del asunto. Que el freno automático se utilizó dado la distancia restante en la pista y en busca de aplicar todos los recursos con el fin de disminuir las consecuencias del evento ocurrido y que se aplicó en su totalidad el procedimiento rejected take off procedure que indica que se debe aplicar los frenos hidráulicos al máximo. (fls. 65 a 74, PDF 1 Expediente digital 2018 – 336). En el trámite de descargos de 1º de junio de 2017, se colocó que el demandante no quiso darle continuidad a la diligencia porque los miembros de ACDAC les

asesoraron que no continuaran, así como que se negó a recibir las pruebas para la diligencia de descargos que tenía el empleador. De igual manera, asentó que, si no rendían descargos, no los volvería a llamar para el trámite a descargos (fls. 75 a 76, PDF 1 Expediente digital 2018 – 336) Se aportó el “Fallo disciplinario” de 30 de junio de 2017, donde la empresa determinó que el demandante había incurrido en grave omisiones a sus funciones y responsabilidades por un actuar negligente e injustificada, así como graves irregularidades en las versiones de operación de la aeronave enviadas a la Aeronautica Civil, a la psicóloga. Por lo que, decidió dar por terminado el contrato de trabajo a partir del 30 de junio de 2017 (fls. 102 a 114, PDF 1 Expediente digital 2018 – 336)

A su vez, dentro de las documentales se aportó el manual de operaciones Boeing 727 donde en el punto dedicado a la decisión de abortar el despegue, se estipuló que *“no se recomienda abortar el despegue después de V1 a menos que el capitán juzgue que el avión no pueda volar...”* asimismo, en el punto de PROCEDIMIENTO DE ABORTE DESPEGUE, también se estipuló que *“Por encima de 80 nudos, aborte por falla en el motor, fuego en el motor o si la aeronave es insegura para vuelo.”* (fls. 319 a 327, PDF 1 Expediente digital 2018 – 336)

Al absolver el interrogatorio de parte, el demandante manifestó que en el voice record quedó registrado que realizó el procedimiento para abortar el despegue, que es ahí donde grabado todo lo que se dice en cabina, así como que *“...escuché una explosión, una explosión que usted escucha a 240 km/h es muy difícil, yo volteé a mirar al copiloto o al ingeniero qué está pasando que es una velocidad muy crítica que yo tengo que decidir la llevo al aire o me quedo ese avión es carguero y con ese peso sacando tablas donde llegue a fallar una turbina hace un desastre sobre Bogotá, el gradiente es sero totalmente cero o sea negativo y se iría sobre Bogotá esa fue la terminación que tomamos nosotros, que la temperatura, las condiciones no eran aptas para yo llevar ese avión porque íbamos con el máximo peso y máxima temperatura en Bogotá.”* Cuestión que reiteró más adelante cuando expresó que *“yo aborté porque escuché una explosión, en esa velocidad tan alta, en esa velocidad tan crítica y creí se pudo haber*

desprendido una superficie, un motor entonces tomé la decisión porque yo escuché fue una explosión y aborté fue la explosión más no por una apertura.”

Asimismo, se interrogó al señor Leonardo Andrés Álvaro Villa, el cual manifestó que para la fecha de los acontecimientos por el cual el demandante fue llamado a descargos, no tenía la calidad de aforado sindical, así como que cuando el avión se encuentra a una velocidad de 80 nudos no se puede abortar un despegue porque puede ocasionar una catástrofe, que en los manuales se especifica que si se encontraba un ruido o algo sospechoso antes de los 80 nudos podía llevar a cabo maniobras inclusive de sacar la aeronave con un motor inoperativo

El testigo Juan Carlos Jaramillo Betancourt, manifestó que la decisión de abortar el despegue por parte del demandante se tomó antes de la velocidad V1, así como que cuando el cantó el V1 y el VR el comandante tomó la decisión de abortar por un ruido, una explosión que ocurrió y que se hacen dos, tres, cinco, tres o cuatro nudos antes y que le sobraba buena pista. Así como que el ingeniero de vuelo le había informado que 3 o 4 días antes en un vuelo a Cali cuando el avión estaba en vuelo se habría abierto la ventanilla del copiloto. Que cuando existe algún tipo de inconsistencia se debe ir a un libro de mantenimiento y se hace el reporte para que mantenimiento pueda después de que llegue la aeronave a su base se haga su reparación. Que los manuales de avalan utilizar los frenos de emergencia.

El testigo Álvaro Mejía Pardo, informó que el demandante le indicó la existencia de un incidente, diciéndole que se había salido de la pista. Que de acuerdo a las grabaciones escuchó que el capitán Jaramillo le canta cómo lo decimos nosotros o le llama, le avisa la velocidad V1 y VR, posterior a eso abortan el despeje. Que los manuales del Boeing señalan que cuando se realiza un abortaje en V1 VR se debe acortar la potencia y frenar o frenar el sprick break y reversa, y que eso se llevó a cabo en lo sucedido el 10 de abril de 2017. Aclara que cuando el avión se encuentra en el aire no se debe abortar un despegue. Así como que posteriormente se

demonstró que el avión podía volar porque una ventanilla abierta no impide ni afecta para nada la seguridad del vuelo, no afecta la maniobrabilidad del avión, no afecta la aerodinámica del avión, la ventanilla abre paralela, la ventanilla no abre para los lados, dónde afecte y haga resistencia al avance o alguna cosa.

El testigo Fernando Angarita Maya, informó que no estuvo en el lugar cuando ocurrió lo acontecido con el demandante y el avión, que se enteró al día siguiente por información de la empresa. Que se le hicieron los ajustes a la ventanilla y no había la necesidad de reportarlo.

De lo expuesto, se desprende que la empresa llamó a descargos al demandante producto de lo acontecido con la aeronave HK 1271 tenía vuelo LAU 2111 en la ruta Bogotá – Pasto el 10 de abril de 2017 donde decisión abortar el despegue por haber escuchado un fuerte ruido parecido a una fuerte explosión por no haber seguido los procedimientos para ello, no haber informado y ocasionarle perjuicios económicos a la entidad. El demandante mediante escrito refutó todas las supuestas faltas que había cometido, sin embargo, la empresa en la fecha programada para adelantar la diligencia de descargo expuso que el demandante se negó a rendir sus descargos y con posterioridad decidió darle por terminado el contrato por haber incurrido en grave omisiones a sus funciones y responsabilidades por un actuar negligente e injustificada, así como graves irregularidades en las versiones de operación de la aeronave enviadas a la Aeronáutica Civil, a la psicóloga.

De las pruebas aportadas y practicadas al interior del proceso, se observa que el demandante siguió el procedimiento indicado en los manuales, por cuanto, el manual de operaciones Boeing 727 donde en el punto dedicado a la decisión de abortar el despegue, se estipuló que *“no se recomienda abortar el despegue después de V1 a menos que el capitán juzgue que el avión no pueda volar...”* así como que cuando se considere inseguro el vuelo se puede abortar el despegue. Asimismo, la demandada no logró acreditar que esa decisión fue errada por parte del demandante, por el contrario, lo que se evidencia es que al escuchar un fuerte ruido que

asimiló a una explosión decidió abortar el vuelo para evitar daños y perjuicios a los tripulantes y a la entidad.

Que, si bien es cierto, el demandante al momento de los hechos no pertenecía a la organización sindical ACDAC, sino que solo se afilió al mismo cuando fue llamado al procedimiento de descargos. Así como que, la empresa no tuvo en cuenta el informe de la Aeronáutica Civil para decidir dar por terminado el vínculo contractual. Lo anterior, no es motivo suficiente para modificar la decisión tomada por el juez aquo.

Asimismo, se observa que la empresa le brindó la oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido. Sin embargo, no logró acreditar la existencia de las diferentes versiones contradictorias dirigidas a la Aeronáutica Civil, a la psicóloga de la empresa y la versión escrita de sus descargos, omitiendo el deber que le consagra el artículo 167 del Código General del Proceso.

Reiterando que la citación a descargos no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador. La garantía de este derecho de defensa se cumple también cuando el trabajador, de cualquier forma, tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo, es decir, no es de su esencia cumplir con una forma específica.

De igual manera, se aclara que la terminación unilateral del contrato de trabajo por el empleador con base en una justa causa no tiene naturaleza disciplinaria, ni constituye una sanción, por regla general. Por lo que, para adoptar una decisión de esta índole, el empleador no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario, salvo convenio en contrario, y que, en los casos de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa.

Por lo tanto, valoración probatoria que sustentó la decisión del juzgado de primer grado, se fundó en la integralidad de los elementos probatorios que le otorgaron convencimiento, lo cual, al ser analizados conforme a las reglas de la sana crítica (CSJ SL2049-2018, SL4546-2018). Bajo este panorama estima la Sala que el accionante no incurrió en una falta grave comprobada por la demandada que amerita la terminación del contrato con justa causa. Razón por la cual, se confirmará la sentencia.

No se causan costas en la apelación. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 02 de diciembre de 2021.

SEGUNDO: Sin costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
010 2018 00336 01



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

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 20 2019 00790 01
DEMANDANTE: FERNANDO GUTIERREZ MEJIA
DEMANDADO: ALMACENES ÉXITO S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el grado jurisdiccional de consulta en favor del señor Fernando Gutiérrez Mejía dentro de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 02 de diciembre de 2021

I. ANTECEDENTES

El accionante demanda a Almacenes Éxito S.A., para que se condene a la empresa a reconocer y pagar la indemnización por terminación de contrato sin justa causa y los demás derechos a que haya lugar, en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narra que ingresó a laborar a Carulla Vivero S.A., el 14 de diciembre de 2005 para ejercer el cargo de Auxiliar de Proceso Industria; que el 10 de junio de 2005 se realizó una sustitución patronal entre Carulla Vivero S.A. y Almacenes Éxito S.A., y prestó sus servicios hasta el 24 de octubre de 2018 cuando la empresa decidió terminarle el contrato de trabajo; que en desarrollo de sus actividades laborales en el área de batidos el 23 de septiembre de 2018 de manera involuntaria sin el ánimo de lucrarse consumió unos residuos con la firme convicción de no encontrarse cometiendo una falta disciplinaria,

sin embargo, el 18 de octubre de 2018 lo citaron a descargos para el día siguiente a las 2:00 PM, es decir, le otorgaron unas cuantas horas para que preparara su defensa.

Que en la diligencia de descargos se le vulneraron las garantías de defensa mencionadas por la CC S.C-593-2014, por lo que, se vio obligado a presentar sendas peticiones para que la empresa le entregara el reglamento interno de trabajo, la convención colectiva de trabajo y el proceso disciplinario laboral y al no obtener respuestas le tocó recurrir a la presentación de acciones de tutelas, con las que le informaron que para obtener la documentación debía cancelar un dinero, y cuando a pesar de haber cancelado, la documentación fue entregada incompleta así como que le negaron entregar el video con el cual se inició el proceso disciplinario laboral.

Que al momento de la terminación del contrato de trabajo devengaba un salario equivalente a \$1.254.500, así como durante el todo el tiempo que permaneció la relación laboral no recibió capacitación en el Reglamento Interno de Trabajo, así como que la sanción impuesta el día en que le terminaron el contrato de trabajo vulnera el principio de proporcionalidad, porque las faltas mencionadas en la terminación de contrato no se encuentran definidas en el reglamento interno de trabajo como faltas leves, levisimas o graves (fls. 3 a 16, PDF 01 2019-790)

Almacenes Éxito S.A., se opuso a la prosperidad de las peticiones. Aceptó el inicio de la relación laboral y la fecha de la terminación del contrato de trabajo, así como la sustitución patronal y el salario que devengaba del demandante. De los restantes hechos, expresó que no eran ciertos y que no le constaba. Manifestó en su defensa que el 24 de octubre de 2018, el demandante en horas de trabajo consumió alimentos sin haberlos cancelado, lo que constituía una falta grave que ameritaba la terminación del contrato de trabajo. Así como que, en la demanda, el apoderado del demandante confesó la comisión de la falta disciplinaria el 23 de septiembre de 2018. De igual manera, que durante el proceso disciplinario laboral se le garantizó el debido proceso y defensa al

accionante, así como que recibió innumerables amonestaciones de carácter verbal (fls. 2 a 4, PDF 04 2019 – 790)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 02 de febrero de 2021, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ALMACENES ÉXITO S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor FERNANDO GUTIERREZ MEJIA., conforme a lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de cobro de lo no debido, pago, inexistencia de las obligaciones que se pretendan deducir en juicio a cargo de la demandada y prescripción, esta última se declara no probada pues no se puede aplicar dicho fenómeno a un derecho que no nació a la vida jurídica.

TERCERO: CONDENAR en costas al demandante. Inclúyase en la liquidación la suma de \$400.000, valor en que se estiman las agencias en derecho.

CUARTO: CONSULTAR en caso de no ser apelada la anterior decisión, con el superior por haber sido adversa a los intereses del extrabajador demandante

Como sustento de su decisión, luego de señalar la norma sustantiva laboral y jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, consideró que aunque el reglamento interno de la demandada no establecía un procedimiento taxativo y específico para efectuar despido sin justa causa, allí se describían los capítulos correspondientes las obligaciones y prohibiciones especiales que incumben al trabajador y al empleador y se establecen las faltas y sanciones disciplinarias y procedimientos para aplicarlas. Que se dejaba claro que antes de aplicarse una sanción disciplinaria a un trabajador la empresa debe dar oportunidad de ser oído tanto al trabajador inculpado como a dos representantes del sindicato al que pertenezca, si en la empresa no hay sindicato o habiéndolo el trabajador no está afiliado, el empleador cumple su obligación oyendo a dos de sus compañeros de trabajo si el trabajador lo solicita. Que la sociedad demandada cumplió el conducto establecido y comunico al demandante el 18 de octubre del 2018 las faltas cometidas el 23 de septiembre del 2018 brindándole la posibilidad de presentarse con un representante o dos de sus compañeros de trabajo y para que aportara las pruebas del incumplimiento endilgado, posteriormente el 19 de octubre

del 2018 fue escuchado en descargos para que ejerciera el derecho de defensa y contradicción con lo cual se garantizó el debido proceso al demandante.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. CONSIDERACIONES

Le corresponde a la Sala definir dilucidar si el demandante fue despedido injustamente y, en consecuencia, si es procedente el pago de la indemnización correspondiente.

i) Justa causa del despido

En reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral ha puntualizado que al trabajador le corresponde probar el hecho del despido y al empleador la justa causa para exonerarse de indemnizar los perjuicios (CSJ SL284-2018). De igual manera, determinó que se debe escuchar al trabajador frente a las causales contenidas en los numerales 9º al 15º del art. 62 del Código Sustantivo del Trabajo (CSJ SL 2351 – 2020). Posteriormente, la Corte Constitucional determinó que el deber de garantizar al trabajador el derecho a ser oído o de poder dar la versión sobre los hechos, antes de que el empleador ejerza la facultad de terminación, se extendía a todas las causales de terminación de contrato de trabajo (CC SU.449-2020)

En la ejecución de dicha relación laboral se pueden presentar situaciones que contravengan las obligaciones o deberes del trabajador - arts. 58 y 60 CST- u otras análogas fijadas en el reglamento interno de

trabajo como faltas disciplinarias, las cuales pueden ser sancionadas por el empleador, siguiendo para ello un conducto o procedimiento especial, regulado en el mismo reglamento y, en todo caso, siguiendo como mínimo lo mandado en el artículo 115 del CST. Además de ello, conforme al listado de justas causas previstas en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, el empleador cuenta con la facultad de terminar unilateralmente el contrato de trabajo. Ambas facultades, la disciplinaria y la finalización unilateral de la relación laboral, son claramente diferentes y específicas, por lo que se someten a reglas también diferentes.

En efecto, para que el empleador imponga una sanción al trabajador, debe agotar unas exigencias mínimas de debido proceso, conforme a los lineamientos fijados en el artículo 29 superior, las normas referidas en el Código Laboral y la jurisprudencia constitucional, que claramente establece que en este ámbito –el sancionatorio- es deber de los empleadores privados y públicos, mantener el respeto por tal garantía y agotar, como mínimo, unos requerimientos desarrollados por la jurisprudencia constitucional –Sentencia C 539/2014 –

Otra cosa sucede con la facultad del empleador de finalizar una relación laboral de manera justificada, la cual se rige por un procedimiento completamente diferente al anterior, sin que allí sea necesario agotar ese trámite disciplinario -descargos y demás-, puesto que el despido no es en sí una sanción, salvo que las partes lo convengan. La terminación unilateral del contrato, es una facultad de la que gozan ambos extremos contratantes, para desligarse de la relación jurídica regulada por el contrato. Por tanto, por regla general, el despido no es una sanción, siendo excepcional que se revista de tal condición, debiendo para ello ser considerada por las partes, de manera expresa, en cualquiera de los documentos que regulan la relación laboral.

Al revisar el material probatorio aportado al plenario, se observa que se aportó la diligencia de descargos llevada a cabo el 19 de octubre de 2018, donde el accionante aceptó que estaba comiendo algo pero que no se acordaba qué era, así como que tenía entendido que consumir productos

estaba catalogado como falta grave en el reglamento interno de trabajo (fls. 25, PDF 01 2019-790). Asimismo, en el reglamento interno de trabajo se estableció en el numeral 27º del inciso 4º del artículo 79 como falta grave el consumir alimentos en el sitio de trabajos sin haberlos cancelado previamente (fls. 159, PDF 01 2019-790). De igual manera, en la comunicación de 24 de octubre de 2018, donde la empresa le informa al demandante su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo (fls. 27 a 29, PDF 01 2019-790) hace alusión a la disposición contenida en el reglamento interno de trabajo.

Al absolver el interrogatorio de parte, el demandante manifestó que lo que le había realizado la empresa el 19 de octubre de 2018 para él no era un descargo, así como que aceptó que había ingerido alimentos dentro del horario de trabajo, que era un residuo (bizcochuelo) que iba para la basura.

El testigo Julián Serrano Rivero, informó que es jefe de RR HH del grupo Éxito desde junio de 2019. Manifestó que estuvo relacionado con la terminación del contrato de trabajo del demandante porque estuvo consumiendo productos en la jornada laboral, porque fue informado por el equipo de seguridad de la industria de alimentos le compartieron el informe.

El testigo Franco Iván Bohórquez, informó que evidenció a través de las cámaras que el demandante estaba consumiendo un producto, realizó un informe y lo reportó de inmediato al área de seguridad.

De lo expuesto, se desprende que la empresa le comunicó al trabajador los motivos y razones concretos por los cuales se le iba a dar por terminado el contrato, son las mismas razones que expuso al interior del proceso que hoy se conoce en grado jurisdiccional de consulta. De igual manera, se observa que el empleador actuó con inmediatez, por cuanto, tuvo conocimiento de la situación por un informe del área de seguridad que se la reportó al jefe de RR HH el 23 de septiembre de 2018, la diligencia de descargos llevada a cabo el 19 de octubre de 2018 y la

terminación del contrato de trabajo se efectuó el 24 del mismo mes y año. Asimismo, expresó la causal expresa y taxativa enunciada en el Código Sustantivo de Trabajo, como es el artículo 58 y la contenida en el numeral 27º del inciso 4º del artículo 79 del reglamento interno de trabajo. Por último, se le brindó la oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido.

Aclarando que la citación a descargos no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador. La garantía de este derecho de defensa se cumple también cuando el trabajador, de cualquier forma, tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo, es decir, no es de su esencia cumplir con una forma específica.

De igual manera, se aclara que la terminación unilateral del contrato de trabajo por el empleador con base en una justa causa no tiene naturaleza disciplinaria, ni constituye una sanción, por regla general. Por lo que, para adoptar una decisión de esta índole, el empleador no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario, salvo convenio en contrario, y que, en los casos de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa.

Por lo tanto, valoración probatoria que sustentó la decisión del juzgado de primer grado, se fundó en la integralidad de los elementos probatorios que le otorgaron convencimiento, lo cual, al ser analizados conforme a las reglas de la sana crítica (CSJ SL2049-2018, SL4546-2018). Bajo este panorama estima la Sala que el accionante incurrió en una falta grave comprobada por la demandada que amerita la terminación del contrato con justa causa. Razón por la cual, se confirmará la sentencia.

No se causan costas en la apelación. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, el 02 de diciembre de 2021.

SEGUNDO: Sin costas.

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 24 2020 00118 01
DEMANDANTE: NELSON HERBERT DÍAZ OLAYA
DEMANDADO: DULCES LA AMERICANA S.A.S

Bogotá, D. C., Veintiocho (28) de abril 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 Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de enero de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la ilegalidad de la terminación de contrato de trabajo sin justa causa sin la previa autorización del Ministerio del Trabajo. En consecuencia, se condene a la demandada a reintegrarla junto con los salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema General de Seguridad Social dejados de percibir desde el 06 de mayo de 2019 hasta el reintegro, así como la sanción moratoria del artículo 65 del CST y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y se ordene a la demandada pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 1° de octubre de 2002, suscribió con la demandada contrato de trabajo a término indefinido, que culminó el 06 de mayo de 2019 sin autorización del Ministerio del Trabajo, en horario rotativo de lunes a sábado de 6:00 a.m. a 2:00 p.m., de 2:00 p.m. a 10:00 p.m. y de 10:00 p.m. a 6:00 a.m. percibió como último salario la suma de \$981.600.

Refirió que estuvo afiliado a la EPS Cafesalud y a la ARL Liberty Seguros durante la relación laboral, que el 25 de noviembre de 2008 la ARL le informa a la EPS que el demandante presenta un diagnóstico Lumbalgia Mecánica Crónica y Hernia Discal L4 L5 que empezaron en 2005 de manera progresiva, cuando realizaba la labor de operario de máquinas, y posteriormente el 29 de enero de 2013 la misma ARL le dirige una comunicación a la demandada haciéndole una serie de recomendaciones laborales debido a la enfermedad degenerativa, así como que el 31 de julio de 2014 la JRCI de Bogotá le determinó una PCL equivalente a 13.55 % de origen laboral.

Que la demandada le comunica el 06 de mayo de 2019 la terminación del contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa sin autorización del Ministerio del Trabajo, por cuanto, tenía conocimiento de la enfermedad que padecía, lo cual, hace que se encuentre amparado por la estabilidad laboral reforzada

Al contestar, la demandada se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la suscripción del contrato a término indefinido, el horario, el salario devengado, la afiliación a la EPS, la prescripción de recomendaciones médicas por parte de Liberty Seguros. De los demás dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, pago, buena fe, compensación y prescripción

En defensa de sus intereses manifestó que para la fecha de terminación de contrato de trabajo el demandante no se encontraba incapacitado, no tenía restricciones laborales, ni existía orden de reubicación laboral ni se encontraba en proceso de calificación de capacidad laboral, porque la última incapacidad fue en junio de 2017

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de enero de 2022, resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la demandada DULCES LA AMERICANA SAS a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor Nelson Helbert Diaz Olaya., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR probado los hechos sustento de la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la pasiva, declarándose el juzgado relevado del estudio de los demás medios exceptivos

TERCERA: CONDENAR en costas a la parte demandante señor Nelson Helbert Diaz Olaya, liquidense por secretaria incluyendo en ellas la suma de 200.000 pesos, como valor en que se estiman las agencias en derecho

CUARTO: REMITIR las diligencias a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a fin de que surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, en caso de no ser apelada oportunamente la presente decisión.

En lo fundamental señaló que la demandante no demostró que para el momento en que la relación de trabajo finalizó era sujeto de estabilidad laboral reforzada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandante apeló lo resuelto al argumentar que la Corte Constitucional han consagrado que el fuero de discapacidad consiste en la protección especial de la estabilidad laboral reforzada a lo que el trabajador que padece de una discapacidad o una limitación física. Que tiene una pérdida física de la capacidad laboral, que fue calificado como de origen laboral, porque ingreso bien a la empresa y quedo discapacitado. Que no se tuvo en cuenta que hay una jurisprudencia que ha evolucionado como es la sentencia C-200 de 2019 donde se cambian y se modifican y se ponen como pilares del derecho fundamental el trabajo y el derecho al debido proceso. Que el administrador de justicia como representación del Estado tiene la obligación Constitucional de proteger al que tiene una debilidad manifiesta mi mandante tiene una debilidad manifiesta, tiene una pérdida de capacidad laboral no es una persona igual, que tiene que dársele un trato especial y si habían dudas por un comportamiento del señor Helbert obviamente que supuestamente la razón del despido obviamente tenían que utilizar un medio que pudiera autorizar ese despido ante el Ministerio de Trabajo. Que la jurisprudencia ha reconocido que la

indemnización es insuficiente para materializar el principio de estabilidad laboral reforzada que supone para la garantía del derecho del trabajo, de igualdad y respeto a la dignidad humana.

IV. CONSIDERACIONES

Con apego a lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, la Colegiatura aborda el estudio del recurso para definir para el momento en que terminó el contrato de trabajo la actora era sujeto de estabilidad laboral reforzada y si en consecuencia debe ordenarse su reintegro sin solución de continuidad junto con el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha de terminación de contrato de trabajo hasta la fecha de reintegro.

Es verdad probada que las partes estuvieron vinculadas mediante contrato de trabajo por obra o labor contratada que se extendió desde el 1º de octubre de 2002 hasta el 06 de mayo de 2019.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ningún caso la <situación discapacidad> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha <situación discapacidad> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona <en situación de

discapacidad> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su <situación de discapacidad>>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

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

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

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

También ha sentado que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el perjuicio de la discapacidad del trabajador. Por tanto, en criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria. En esa perspectiva, sienta como subregla que la decisión del empleador puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de

los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (sentencia CSJ SL 1360-2018).

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

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

En ese horizonte, es dable afirmar conforme a la postura del máximo Órgano de la jurisdicción constitucional que, la protección especial por estabilidad laboral reforzada resulta extensiva no sólo a las personas que están debidamente calificadas como discapacitadas o con un grado de pérdida de capacidad laboral, sino también aquellas que sufren una disminución en su salud que les impidan desarrollar cabalmente sus labores o cuyas características personales hacen suponer que pueden ser susceptibles de discriminación laboral. Lo anterior, también tiene sustento en la sentencia SU-049 de 2017, que unificó su posición respecto de cuáles son las personas que se encuentran en condición de debilidad

manifiesta y merecen la protección de la estabilidad ocupacional reforzada, al señalar:

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

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

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

4.5. Estas disposiciones se articulan sistemáticamente para constituir el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada, en la siguiente manera. Como se observa, según la Constitución, no solo quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango reglamentario, deben contar con protección especial. Son todas las personas “*en circunstancias de debilidad manifiesta*” las que tienen derecho constitucional a ser protegidas “especialmente” (CP art 13). Este derecho no se circunscribe tampoco a quienes experimenten una situación permanente o duradera de debilidad manifiesta, pues la Constitución no hace tal diferenciación, sino que se refiere genéricamente incluso a quienes experimentan ese estado de forma transitoria y variable. Ahora bien, esta protección especial debe definirse en función del campo de desarrollo individual de que se trate, y así la Constitución obliga a adoptar dispositivos de protección diferentes según si las circunstancias de debilidad manifiesta se presentan por ejemplo en el dominio educativo, laboral, familiar, social, entre otros. En el ámbito ocupacional, que provoca esta decisión de la Corte, rige el principio de “estabilidad” (CP art 53), el cual como se verá no es

exclusivo de las relaciones estructuradas bajo subordinación sino que aplica al trabajo en general, tal como lo define la Constitución; es decir, “en todas sus formas” (CP art 53). Por tanto, las personas en circunstancias de debilidad manifiesta tienen derecho a una protección especial de su estabilidad en el trabajo. El legislador tiene en primer lugar la competencia para definir las condiciones y términos de la protección especial para esta población, pero debe hacerlo dentro de ciertos límites, pues como se indicó debe construirse sobre la base de los principios de no discriminación (CP art 13), solidaridad (CP arts. 1, 48 y 95) e integración social y acceso al trabajo (CP arts. 25, 47, 54).

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

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

Al amparo de lo expuesto, se verifica que el demandante aportó concepto de la ARL Liberty Seguros S.A., de 25 de noviembre de 2008

donde le informan a la EPS Cafesalud donde hace mención a que el demandante padece de Lumbagia Mecánica Crónica // Hernia Discal L4 L5 de origen profesional. (fls 25 a 29, PDF 1 Demanda). Asimismo, se aporta el dictamen 14105938 de 31 de julio de 2014 expedida por la JRCI de Bogotá D.C, donde determinó que el demandante tenía una PCL equivalente a 13.55% de origen laboral con fecha de estructuración 20 de septiembre de 2013. (fls 33 a 38, PDF 1 Demanda) De igual manera, se aportó la comunicación de recomendaciones laborales de la ARL Liberty Seguros S.A. de 29 de enero de 2013 dirigida a la entidad demandada (fls. 39, PDF 1 Demanda) De igual modo, la demandada aportó el examen médico de egreso de 09 de mayo de 2019, donde se estipuló en el acápite de CONCEPTO DE APTITUD LABORAL como “Retiro laboral no satisfactorio” (fls. 141, PDF 1 Demanda)

Al absolver interrogatorio de parte, el representante legal de la demandada señor Nelson Herbert Díaz Olaya manifestó conocer personalmente al demandante, que fue reubicado, así como que su último cargo fue de supernumerario. Que fue calificado en 2014 otorgándole un 12.5 % de PCL que fue objeto de indemnización por parte de la ARL. Que el demandante era *“una persona que tenía muchos problemas de clima organizacional, allá había tenido problemas con sus compañeros de trabajo, con sus jefes, había tenido 3 llamados de atención por el comportamiento que tenía hasta con la persona de seguridad, se molestaba mucho cuando le hacían alguna reclamación, cuando lo saque de dosificación fue porque la jefa de calidad me dijo que ya no lo toleraba su indisciplina, su grosería.”*

Al rendir declaración de parte el promotor del juicio manifestó que no se acordaba cuando había sido la última incapacidad que le habían otorgado, así como que nunca solicitó permiso para asistir a citas médicas o procedimientos médicos, así como que para la época de la terminación del contrato de trabajo se encontraba desarrollando de manera normal las funciones propias del cargo. Que no se acordaba si después de las recomendaciones dadas por la ARL el 07 de febrero de 2014 le otorgaron más recomendaciones.

Se recibió la declaración del testigo Alexander Marín Ortegón, el cual manifestó que no conoció que el demandante hubiera presentado incapacidades o alguna situación pues que le impidiera desarrollar su trabajo, así como que la terminación del contrato obedeció a que estaba teniendo muchos inconvenientes con el personal ya que, pues fue ascendido a supernumerario y tenía personal a cargo y estaba teniendo problemas aquí con el personal, habían quejas del personal que pues el trato hacia ellos no era muy agradable por parte del señor.

También se recibió la declaración del testigo José Daniel Casallas, el cual manifestó que cuando a él lo pasaron de coordinador de envoltura y empaque, no sabe qué paso con él, porque cambió el 100% el genio de él y él trataba muy mal la gente, no sabía tratar la gente entonces los trataba muy mal y entonces la parte administrativa tomo la determinación de terminarle el contrato de trabajo.

A su vez, se recibió la declaración del testigo Pedro Ariel Gamboa Galvis, el cual manifestó que para la fecha de terminación del contrato de trabajo el demandante no tenía ninguna recomendación o restricción medica por parte de la EPS o ARL. Que en los exámenes médicos de salud ocupacional de 15 de noviembre de 2018 y de egreso, no se señalaron ningún tipo de restricción.

Analizado en conjunto el acervo probatorio antes indicado, concluye el Tribunal que, si bien el actor le diagnosticaron una enfermedad de origen laboral, así como que la empresa lo reubicó también se evidencia que antes de la terminación del contrato de trabajo no existía ningún tipo de restricción o recomendación laboral, tanto por lo expuesto por el demandante como por los testigos de la entidad demandada. A su vez, dentro del expediente no se observa incapacidades antes de terminación del contrato de trabajo, el dictamen de la JRCI de Bogotá fue emitido el 31 de julio de 2014 y la decisión de terminar el contrato fue realizada 5 años, que, aunque existía una justa causa la demandada decidió darle por terminado sin justa causa para que se fuera con dinero. Así las cosas, es claro que el actor no presentaba alguna condición de salud que le

impidiera ejecutar las labores a su cargo, pues nada distinto se probó en juicio.

Lo anterior permite concluir que la empleadora una vez conoció que el accionante tenía recomendaciones laborales mantuvo la vinculación hasta el momento en que según se informa en la carta de trabajo no fueron prescritas recomendaciones médicas, circunstancia que no fue desvirtuada en juicio, así como que lo reubicó en oficios acorde con su estado de salud y como ya se vio que para el momento en que el vínculo terminó no estaba incapacitado, no tenía prescritas recomendaciones o padecía alguna patología que le permitiera ejecutar las labores encomendadas.

En ese horizonte, estima esta Colegiatura que no fue demostrado que para el momento del despido la accionante padeciera una afectación en su salud que le impidiera o dificultara realizar las funciones que ejecutaba para la época en condiciones regulares, por tanto, no resultaba necesario que el empleador previo al despido tramitara ante el Ministerio de Trabajo la autorización para proceder a la finalización del contrato de trabajo.

De conformidad con las consideraciones expuestas la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de enero de 2022 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



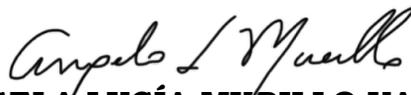
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 21 2020 00359 01.
DEMANDANTE: RUTH BELINDA VALERO SÁNCHEZ
DEMANDADO: FINANSEGURO S.A.S.

Bogotá, D. C., Veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la parte demandante Ruth Belinda Valero Sánchez contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de febrero de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se condene a la demandada a pagarle la indemnización por terminación de contrato de trabajo sin justa causa, así como los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones dejados de cancelar, la sanción moratoria que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, una bonificación por quinquenio, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que ingresó a laborar a Colpatria – hoy Axa Colpatria – el 09 de febrero de 1989 mediante la suscripción de un contrato de aprendizaje que culminó el 07 de agosto de 1989; Que posteriormente existió un vínculo laboral con la misma entidad en noviembre de 1989 para reemplazar a una persona que se encontraba en licencia de maternidad, y durante ese periodo no le pagaron los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones; Que el 02 de enero

de 1990 suscribió un contrato de trabajo a término fijo inferior a 1 año que terminaría el 31 de enero de la misma anualidad pero que se extendió hasta el 15 de febrero al suscribir una cláusula adicional; Que mediante la suscripción de otra cláusula adicional las partes acordaron modificar el vínculo contractual a un contrato a término indefinido con fecha de inicio 02 de enero de 1990.

Que la empresa Colpatria fue sustituida patronalmente por la empresa Seguros de Vida Colpatria S.A, el 31 de octubre de 1997, y que durante el periodo entre el 25 de junio al 31 de diciembre de 1994 no le cancelaron los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Que el 30 de septiembre de 2002 operó una sustitución patronal entre Seguros de Vida Colpatria S.A a Seguros Colpatria S.A, y esta a su vez, fue sustituida patronalmente por la empresa Compañía de Inversiones Colpatria S.A., el 31 de mayo de 2010, que, a su vez, fue sustituida patronalmente por Finanseguro S.A.S, el 31 de enero de 2013. Este fue el último empleador de la demandante a partir del 1º de febrero de 2013, así como que el último cargo desempeñado dentro del grupo Colpatria fue de líder de Finanseguro S.A.S.

Que fue brigadista de la torre Colpatria por más de 25 años, ocupando por más de 8 años el cargo de Jefe de Bloque 1, miembro del COPASST y del Comité de convivencia, así como ejerció distintos roles de liderazgo y confianza al interior de la organización.

Que para abril de 2019 se abrió una convocatoria para suplir el cargo de Analista II en la entidad demandada y la demandante debía disfrutar de sus vacaciones en el periodo de tiempo comprendido entre el 02 al 22 de mayo de 2019, por lo que, el mencionado proceso de selección debió haberlo adelantado el Área de Gestión Humana. Sin embargo, lo adelantó la señora Diana Velásquez.

Que la psicóloga de RR HH, señora Nina Roa se contactó con la demandante para que ver si tenía sugerencias para el cargo de Analista II y les recomendó a dos personas, a la señora Wendy Rodríguez y a la señora Laura Isabel Jaramillo. Con respecto a esta última, le comunicó a la psicóloga que era conocida suya y que podría ser una buena opción para ocupar el cargo. Por lo que, le preguntó a la psicóloga si existía algún inconveniente por conocer a la señora Laura Isabel Jaramillo y le respondió que no.

Que el 17 de mayo de 2019, la señora Diana Velásquez le informó a la demandante que la psicóloga aun no les había enviado las pruebas practicadas a los aspirantes y que procedería a programar entrevistas para el 23 de mayo de 2019, cuando la demandante se reintegraría al trabajo por culminar su periodo de vacaciones. Ese día le enviaron a la demandante las evaluaciones de Alejandro Contreras y Laura Isabel Jaramillo, y la señora Ruth Valero Sánchez sugirió que se escogiera a la señora Laura Jaramillo y así se lo comunicó a la psicóloga Nina Roa.

Que el Área de Gestión Humana escogió a la señora Laura Isabel Jaramillo [Hija del compañero permanente de la señora Ruth Valero Sánchez, señor Alfonso Jaramillo Palacio] para ocupar el cargo de Analista II, por lo que, ingresó a trabajar con la empresa demandada el 06 de junio de 2019.

Que para el mes de Agosto de 2019, AXA Colpatria solicitó a todos sus funcionarios suscribir un otrosí donde se adicionaban faltas graves, administración compartida, asuntos pertinentes a las herramientas de trabajo, cláusulas de confidencialidad y tratamiento de datos, pero que la demandante se negó a suscribir por considerar que transgredía los principios mínimos del Derecho Laboral.

Que el 09 de diciembre de 2019, es decir 6 meses más tarde [sic], aproximadamente a las 4:00 P.M., la demandante fue requerida por la señora Fabiola Santana porque existía una queja grave en su contra y la citaron a descargos para el 10 de diciembre de 2019 a las 2:30 P.M., donde

le invocaron los artículos 3.4 y 4.1 de la Política de Conflicto de Intereses de la empresa Axa Colpatria, y le mencionaron la violación de los artículos 56, 60 y 62 del Código Sustantivo del Trabajo, así como que le adujeron como prueba, la póliza de vida de Laura Isabel Jaramillo Morales, en donde el señor Alfonso Jaramillo figura como padre y se le comunica que “Puede presentarse con un compañero de trabajo si así lo desea”, invocando el artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo.

Que el 10 de diciembre de 2019 se llevó a cabo la diligencia de descargos donde asistieron la demandante, la señora Fabiola Santana y la abogada María Fernanda Ortiz, quien se encargó de realizar el interrogatorio a la demandante, y durante la mencionada diligencia se dejó constancia que la señora Ruth Belinda Valero Sánchez había presentado la hoja de vida de Laura Isabel Jaramillo Morales a la psicóloga Nina Roa, así como que le preguntó la existencia de un algún tipo de inconveniente según el Código de Ética y de la Política del Conflicto de Intereses de la empresa y la respuesta fue que no había ningún problema, así como que la señora Nina Roa, nunca le informó a la demandante que debía enviar un correo al área de compliance y riesgo, informando la situación. De igual manera, la demandante consideró que en el área se requería una persona con los conocimientos y capacidades suficientes, pero además de eso, debía ser una persona conciliadora y con excelente actitud para relacionarse, por lo cual, consideró que de acuerdo con los resultados enviados por la psicóloga Nina Roa, Laura era la persona que debía ser seleccionada, así como que no era su familiar porque nunca hubo convivencia ni mucho menos dependencia económica.

Que la diligencia de descargos se realizó 6 meses después de la contratación de la señora Laura Isabel Jaramillo Morales vulnerando así el principio de inmediatez y proporcionalidad y le informaron que en un término de 3 días tomarían una decisión.

Que los días 23 y 24 de diciembre de 2019 la abogada María Fernanda Ortiz la requirió para que firmará el otrosí que se había negado a suscribir en Agosto. Así como que el 26 del mismo mes y año le

comunicaron la terminación del contrato de trabajo “con justa causa” señalándole que tenía media hora para presentar un recurso en contra de la decisión. A las 4:37 P.M., presentó recurso de apelación a través de correo electrónico adjuntando el mensaje completo donde se informaba que el proceso de selección debía agotarse antes del 22 de Mayo de esa anualidad y que ella no sería la encargada de hacer seguimiento al proceso y al día siguiente se confirmó la decisión de terminación del contrato de trabajo “con justa causa”

Que a la terminación del contrato de trabajo la demandante tenía un crédito por libranza con el Banco Colpatria Multibanca Colpatria S.A. identificado con el No. 207400110704, donde figuraba como pagador Finanseguero S.A.S., la empresa procedió a descontar de la liquidación del contrato de trabajo todos los créditos a nombre de la demandante y esa decisión le ha ocasionado graves perjuicios económicos.

Que el grupo AXA Colpatria tiene una política de beneficios para sus empleados, como es una bonificación por antigüedad quinquenio y a la demandante le hacían 6 días para acceder al mencionado beneficio.

Que debido al estrés y a la ansiedad que le produjo el proceso disciplinario, por lo que, tuvo que asistir a la EPS Compensar y el médico tratante la remitió al especialista [psicología] con la que tuvo dos consultas y el diagnóstico del especialista fue que padecía de trastorno de ansiedad.

Que el 16 de abril de 2020 envió por correo certificado Servientrega una petición a la demandada, al no recibir respuesta presentó acción de tutela que fue conocida por el Juzgado Setenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá D.C.-transformado transitoriamente en el Juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Bogotá D.C.- bajo el radicado No. 2020-00400, mediante fallo proferido el 17 de junio de 2020 concedió el amparo solicitado y el 19 del mismo mes y año recibió otra respuesta de la entidad demandada dando cumplimiento a la orden judicial (fls. 7 a 18, PDF 04. Subsanación de la demanda)

Finanseguero se opuso a las súplicas. Aclaró que entre la demandante y la entidad existió un contrato de trabajo desde el 02 de enero de 1990 hasta el 27 de diciembre de 2019, el cual finalizó con justa causa imputable a la demandante, debido a la grave violación a las políticas de la Compañía, específicamente a la Política de Conflicto de Interés de la misma, al participar activamente en el proceso de selección del cargo de Analista II y proceder a elegir para ocupar el mismo a la hija de su compañero permanente, sin informar dicho conflicto de interés a la empresa. Que si la demandante en el presente escrito pretende excusar su incumplimiento indicando de forma errada que ella no era quien estaba a cargo del proceso de selección de Laura Jaramillo, pues estaba en vacaciones y que fue el área de gestión humana quien decidió su contratación, dichas afirmaciones no se encuentran ajustadas a la realidad, pues en el correo electrónico del 30 de abril de 2019, la actora informó que saldría a vacaciones y que la persona encargada del seguimiento del proceso de selección de la plaza de Analista II sería la señora Diana Velásquez. Admitió las sustituciones patronales, así como que el último cargo desempeñado por la demandante fue el de líder de la entidad, la fecha de ingreso a la empresa de la señora Laura Isabel Jaramillo, así como la fecha en que se confirmó la terminación del contrato de trabajo, el crédito que tenía a su nombre de la demandante. No admitió que no le hayan cancelado los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones entre el 25 de junio al 31 de diciembre de 1994, por el contrario, expresó que en el reporte de semanas cotizadas se observa que aparecen los respectivos aportes a pensión, así como que no era relevante haber pertenecido al COPASST y al Comité de Convivencia. Que dentro del área que lideraba la demandante en los meses de abril y mayo de 2019 se generó una vacante para el cargo de Analista II. Es así como, se procedió a contactar a la demandante como líder del área y quien había solicitado la misma, para que informará si tenía alguna recomendación para dicha plaza, frente a la cual la actora únicamente procedió a enviar una hoja de vida, correspondiente a la señora Laura Jaramillo, sin indicar que tenía una relación personal con ella, ni hacer mención de que era la hija de su compañero permanente, así como que durante el proceso de selección la demandante nunca informó la relación personal y de afinidad que tenía

con la señora Jaramillo, al ser ésta la hija de su compañero permanente, pues así lo confesó la demandante en su diligencia de descargos. Es más, el hecho de haber podido indicar de manera verbal a la señora Nina Roa, que la señora Jaramillo “era conocida suya” no implicaba por sí mismo que la demandante hubiera puesto de presente de forma clara y de conformidad a las políticas de la Compañía, el conflicto de interés que se estaba presentando. Así mismo que la actora informó que saldría a vacaciones y que la persona encargada del seguimiento del proceso de selección de la plaza de Analista II sería la señora Diana Velásquez, debido a que la señora Valero saldría a disfrutar de su periodo de vacaciones del 2 al 22 de mayo de 2019, lo cierto es que, dicho proceso no pudo avanzar en la forma esperada, por lo que a la fecha en que se reincorporó la demandante la misma se apersonó de dicho proceso de selección, por lo que fue ella quién entrevistó y a quien le fueron enviados los resultados de las pruebas de las dos personas que se encontraban en el proceso de selección. Por lo que, era evidente que fue la demandante quien escogió la persona que ocuparía la vacante de un cargo que ella misma solicitó y que claramente estaría bajo su subordinación, sin hacer mención alguna a que entre ésta y la señora Jaramillo hubiera una relación personal de afinidad y familiaridad, al ser esta última la hija del compañero permanente de la demandante, situación que claramente afectó su imparcialidad y representaba un grave y evidente incumplimiento de sus obligaciones laborales. De igual manera, que la entidad nunca ha conminado a firmar a sus empleados documentos que vulneren sus derechos laborales, por el contrario, siempre se ha caracterizado por ser respetuosa de los intereses de sus colaboradores. Así como que no existió ningún tipo de vulneración al principio de inmediatez que alega la demandante, pues tuvo conocimiento de los hechos en los primeros días del mes de diciembre del año 2019, que la demandante tuvo un tiempo más que suficiente para redactar un recurso lo suficientemente fundado y acompañado del material probatorio, que a juicio de la demandante podrían intentar justificar su falta, por lo que no es cierto que se le indicará que solo contaba con media hora para presentar su recurso. Con relación a la petición y a la acción de tutela mencionada, manifestó que no tuvo conocimiento del derecho de petición al que hace referencia la demandante

en la fecha que indica la actora, por el contrario, fue únicamente hasta la presentación de la acción de tutela que menciona en los hechos que ahora se contesta que se conoció el mismo, motivo por el cual, una vez la entidad que represento tuvo conocimiento de la aludida acción de tutela se procedió a contestar de forma oportuna y de fondo la petición elevada por la actora. Los demás hechos manifestó que no le constan. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación (fls. 03 a 56, PDF 09 Contestación de la demanda)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de febrero de 2022, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre la señora RUTH BELINDA VALERO SÁNCHEZ y FINANSEGURO S.A.S. existió un contrato de trabajo desde el 02 de enero de 1990 hasta el 27 de diciembre de 2019 en virtud de la figura de la sustitución patronal

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO” propuesta por la demandada

TERCERO: NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA en contra de FINANSEGURO S.A.S presentadas por la señora RUTH BELINDA VALERO SÁNCHEZ.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de esta instancia al demandante. Inclúyase en su liquidación la suma de \$500.000 como agencias en derecho.

QUINTO: CONSÚLTESE la sentencia en caso de no ser objeto del recurso de apelación por la parte actora.

Señaló que de las pruebas aportadas al expediente digital era posible declarar la existencia de un contrato de trabajo a partir del 02 de enero de 1990 hasta el 27 de diciembre de 2019, pero bajo ningún tipo de lineamiento se debe colegir algún tipo de relación antes de esa fecha puesto que se trata de dos relaciones laborales diferentes, por cuanto, se encontraba en cumplimiento de una licencia de maternidad, por lo que, es al empleador al que le prestó los servicios el indicado, es decir, la Sociedad de Capitalización S.A., la llamada a responder por los periodos dejados de

cancelar entre el 08 de febrero y el 07 de agosto de 1989, y por consiguiente, no prospera la pretensión de compulsar copias a las UGPP para la correspondiente investigación por la posible evasión de aportes.

Acerca de la terminación de contrato de trabajo sin justa causa, expresó que, si bien el Área de Gestión Humana adelantó un proceso de contratación, la demandante era la encargada de seleccionar la persona adecuada para el cargo, por lo que, no era cierto que no tenía ningún tipo de injerencia. Por tanto, le resultaba claro que la conducta de hija del compañero permanente de la demandante se enmarca dentro de las políticas de conflicto de intereses adoptado por la Compañía, porque la misma invita a sus trabajadores y colaboradores a la cautela al momento de tener una relación de subordinación con una persona cercana, miembros de la familia, amigos, relaciones íntimas. Por lo que, existía un parentesco por afinidad entre la demandante y la señora Laura Isabel Jaramillo que las políticas de la empresa obligan a sus trabajadores y colaboradores a reportar, reporte que la demandante no efectuó a su jefe inmediato y cuando regresa de sus vacaciones tampoco lo reporta. Por tanto, al encontrarse catalogada como grave se configura la causal que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa.

Con relación a la inmediatez, se tiene que la vinculación de la señora Laura Isabel Jaramillo se efectuó el 27 de junio de 2019 y el empleador tuvo conocimiento de los hechos en diciembre de 2019 cuando despidieron a una persona fue cuando procedieron a verificar la información y llamaron a descargos a la demandante, por lo que, no advirtió un tiempo prolongado considerable. Por tanto, negó la pretensión de indemnización por terminación de contrato de trabajo sin justa causa.

Con relación a la bonificación por quinquenio, expresó que como la relación laboral de la actora inició el 02 de enero de 1990 y finalizó el 27 de diciembre de 2019 no alcanzó a laborar los 5 años que se requerían para la causación del derecho

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante apeló a lo resuelto

La demandante argumentó que de las pruebas arrimadas al proceso tuvo desde Abril de 2019 la posibilidad de realizar un proceso de selección y tomar la decisión de escoger a la persona que ocuparía el cargo de Analista II, a su vez, la empresa tuvo conocimiento a través de la psicóloga que la señora Laura Isabel Jaramillo era conocida de la demandante así como que desde la elección de la aspirante tenían una póliza de vida donde se corrobora que era hija del compañero permanente de la demandante. Así como que la presunta vulneración a la política del conflicto de intereses no se ocasionó ninguna clase de perjuicio a la empresa. Cita apartes de la sentencia CSJ SL 426 – 2018 para manifestar que no se cumplió con el principio de inmediatez en el despido de la demandante porque desde abril de 2019 le informó a la psicóloga que conocía a la señora Laura Isabel Jaramillo, así como que tenían conocimiento por la póliza de vida, sin embargo, ese documento solo fue presentado hasta diciembre de 2019, es decir, 6 meses después. Por lo que, la inactividad de la empresa se debe entender como una convalidación de la conducta o un perdón de la falta, para reafirmar su planteamiento cita la sentencia CSJ SL 8463 – 2015. Culminó manifestando que la empresa no garantizó el debido proceso de la demandante en la diligencia de descargos porque no cumplieron con los parámetros establecidos en la jurisprudencia constitucional, así como que ella no incurrió en ninguna de las infracciones, tampoco dejó de acatar el reglamento interno de trabajo. En relación con el quinquenio manifestó que le faltaron unos días y se debe tener en cuenta la situación más favorable del trabajador.

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 una vez configurada la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, la

demandada procedió a despedir a la demandante en un tiempo prudencial o razonable sin incurrir en una falta al principio de inmediatez. Así como determinar si la demandante cumple los requisitos para acceder al beneficio que otorgaba la empresa por quinquenio laborado.

Para el efecto, se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que: **i)** entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 02 de enero de 1990 hasta el 27 de diciembre de 2019, data en que la demandada puso fin al vínculo, **ii)** Que la señora Laura Isabel Jaramillo es hija del compañero permanente de la señora Ruth Velero Sánchez, **iii)** Que la señora Laura Isabel Jaramillo fue contratada por la entidad demandada el 25 de junio de 2019, **iv)** el último salario que devengó fue la suma de \$4.106.500.

1. De la inmediatez del despido

Respecto a la falta de inmediatez en la terminación de los contratos de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 605 – 2023, puntualizó que:

“b) La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos. De lo contrario, se entenderá que fueron exculpados, y no los podrá alegar judicialmente.

Siendo este uno de los aspectos reprochados, y es que la jurisprudencia de esta Sala sostiene que la terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador, además de explícita y concreta, debe ser oportuna y tempestiva, pues si bien el legislador no ha establecido límites temporales máximos para invocar tal determinación, después de cometida una falta que dé lugar a su adopción, ello no significa que no deba mediar un término razonable entre lo uno y lo otro; de lo contrario, se impone entender que condonó o dispensó la presunta falta. También ha precisado que el despido no deja de ser oportuno cuando el empleador se toma el tiempo necesario para efectos de constatar la responsabilidad del trabajador en los hechos ocurridos (CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 36014 y CSJ SL, 28 ag. 2012, rad. 38855, reiteradas en la CSJ SL204-2023).

La razón por la cual se ha exigido el cumplimiento de la inmediatez se origina en que el tiempo que pasa entre la ocurrencia de los hechos alegados por el empleador y la decisión de finiquitar el vínculo laboral rompe el nexo causal que debe existir en estos casos, de allí que entre el momento de la falta y el de la decisión de terminación, debe haber un lapso razonable, que comienza desde el instante en que el empleador conoce de los hechos que generan esa drástica medida, pues de no ser así, muy a pesar de la gravedad de la falta imputada, el despido deviene en ilegal.”

En el asunto puesto en consideración, se observa que la señora Ruth Belinda Valero Sánchez fue llamada el 10 de diciembre de 2019 por el posible incumplimiento de la política de conflicto de intereses, puesto que no informó que la señora Laura Isabel Jaramillo es hija de su compañero permanente, señor Alfonso Jaramillo Mora. En la mencionada diligencia se cuestionó a la demandante las razones por las cuales no informó que conocía a la señora Laura Isabel Jaramillo. En la respuesta que suministró al responder al cuestionamiento de *¿Por qué es contratada la señora Laura?* La demandante manifestó que *“...Sabía que Laura estaba vacante hace poco tiempo y que ella tenía experiencia en el tema contable, le solicité la hoja de vida y cuando se la pasé a la psicóloga le pregunté si había algún tipo de inconveniente por código de ética y conflicto de intereses y me dijo que no porque lo había informado y que había que hacer el proceso normal, ella nunca me dijo de enviar un correo a compliance...”* luego al realizarle la siguiente pregunta: *¿Reportó el conflicto de intereses a su líder inmediato en ese momento?* La demandante manifestó que: *“Era José Alberto López, pero no lo comenté. Salí a vacaciones y cuando regresé, mi jefe era Fabiola. Tampoco se lo comenté a Fabiola...”* (f. 189 a 192, PDF Demanda y anexos)

De igual manera, se aportó la política de conflictos de intereses, que menciona que: *“se aplica a todos los colaboradores de la compañía AXA Colpatria, independiente de su función o tipo de contrato o tipo de contrato de trabajo, incluidos aprendices, pasantes y practicantes, donde sea que trabajen:*

- AXA Colpatria Seguros S.A.
- AXA Colpatria Seguros de Vida S.A.
- AXA Colpatria Capitalizadora S.A.
- AXA Colpatria Medicina Prepagada S.A.

- *Inversiones Sequoia S.A.S.*
- *Operadora de Clínicas y Hospitales S.A.*
- **Finanseguro S.A.S.**
- *Nixus Capital Humano S.A.S.*
- *Emermédica S.A.*

3. SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS

3.4. Relaciones laborales personales

Los colaboradores también deben ser cautelosos con respecto a contratar o tener una relación de supervisión, subordinación o control con una persona muy cercana (miembros de la familia, alguien con quien el colaborador tiene una relación íntima) y amigos.

4.2. Revelando conflicto de interés

- *AXA entiende que evitar un conflicto de interés no siempre es posible o práctico. La acción requerida para un colaborador que no puede evitar un conflicto de interés es revelarlo. Tener un conflicto de interés no es necesariamente incorrecto. Sin embargo, puede convertirse en un problema o un asunto legal si un colaborador omite reportarlo o trata de influir en el resultado de los acuerdos comerciales para obtener un beneficio personal directo o indirecto.*
- *Los colaboradores deben divulgar a su Líder y al Oficial de Cumplimiento cualquier posible conflicto de interés, tan pronto como el colaborador identifique que puede haber un conflicto de interés y antes de que el colaborador se involucre en la conducta en cuestión, diligenciando el Formulario de Divulgación de Conflicto de Interés. (Apéndice A)*

En el interrogatorio de parte practicado a la actora reitera que el señor José Alberto Flórez era su líder y cuando volvió de vacaciones, su jefe era la señora Fabiola Santana (*min 51:06 a 51:17, Audiencia 03 de febrero de 2022, parte 1*), así como que no le reportó la información del posible conflicto de intereses, ni antes ni después de regresar de su periodo vacacional, sino que lo informó a la psicóloga (*min 1:03:47 a 1:08:26, 1:11:23 Audiencia 03 de febrero de 2022, parte 1*)

La representante legal de la entidad demandada al absolver el interrogatorio de parte pone de manifiesto que uno de los trabajadores pone en conocimiento una posible falta a la política de conflicto de intereses de la demandante, por lo que, empiezan a realizar las averiguaciones y encuentran que el padre de la señora Laura Isabel Jaramillo es el compañero permanente de la señora Ruth Valero Sánchez, y cuando se le indaga para qué fecha tuvo conocimiento, expresa de forma general que entre los meses de junio y diciembre de 2019 (*min 1:55:13 a 2:00:57, Audiencia 03 de febrero de 2022, parte 1*), pero aclara que las investigaciones se hicieron días antes de la terminación de contrato de trabajo de la accionante.

Al recibir la declaración de la testigo Nina Roa, empieza por describir cuando se inició el proceso de selección donde se terminó contratando a la señora Laura Isabel Jaramillo (*min 2:09:28 a 2:13:57, Audiencia 03 de febrero de 2022, parte 1*), ante el cuestionamiento de la juzgadora de primera instancia acerca de si la demandante le había comentado acerca de un posible inconveniente al haber recomendado a una persona que conocía, la declarante afirmó que no (*min 2:14:05 a 2:14:12, Audiencia 03 de febrero de 2022, parte 1*)

Al recibir la declaración de la testigo Laura Isabel Jaramillo Morales, manifestó que la demandante es la esposa de su papá (*min 2:38:32, Audiencia 03 de febrero de 2022, parte 1*), procedió a contar como sucedió el proceso de selección de personal donde terminó siendo escogida para el cargo de Analista II al interior de la entidad demandada. Desconocía que tenía un parentesco por afinidad con la demandante y que la llamaron en diciembre de 2019 de la empresa para la verificación del nombre de su papá (*min 2:47:51, Audiencia 03 de febrero de 2022, parte 1*)

Al recibir la declaración del testigo Álvaro Gómez Uribe, manifestó que en la empresa trabajaban familiares, amigos. Así como expresó que la demandante fue una trabajadora ejemplar y que para la época en que estuvo vinculado a la entidad no recuerda que le hayan exigido llenar un formulario relacionado con algún conflicto de intereses.

En la declaración de la señora Gloria Muñetones Ricardo, manifestó que la demandante ocupó el puesto mientras ella disfrutaba de la licencia de maternidad en 1989 así como que lo del despido de la actora había sido por puro chisme.

Al recibir la declaración de la testigo María Fernanda Ortiz Gasca, manifestó que la fue la encargada de realizarle la diligencia de descargos donde posteriormente se tomó la decisión de darle por terminado el contrato de trabajo con justa causa (*min 14:44 a 14:57, Audiencia 03 de febrero de 2022, parte 3*), acto seguido, pasó a explicar el desarrollo del proceso disciplinario laboral surtido a la actora donde a principios de diciembre le informan de una situación en Finanseguro S.A., acerca de un conflicto de intereses entre la demandante y la señora Laura Isabel Jaramillo (*min 15:44 a 20:33, Audiencia 03 de febrero de 2022, parte 3*), que se enteraron de la posible irregularidad a principios de diciembre y la citación a descargos a la demandante fue la primera semana de diciembre (*min 27:00 a 27:16, Audiencia 03 de febrero de 2022, parte 3*), así como que en caso de un posible conflicto de intereses se debe acudir al manager, al líder inmediato, al oficial de cumplimiento y en caso de duda al área de gestión humana (*min 29:37 a 30:00, Audiencia 03 de febrero de 2022, parte 3*)

Ahora bien, de conformidad con los hechos y pruebas antes mencionados es dable concluir que:

- 1.** De las documentales se aprecia que la demandante informó acerca del posible conflicto de intereses a la psicóloga, sin embargo, ese dato debió haberlo comunicado a su Líder y al Oficial de Cumplimiento, cuestión que no ocurrió.
- 2.** La empresa tuvo conocimiento del posible conflicto de intereses cuando despidió a un trabajador que informó de la situación a finales de noviembre de 2019.
- 3.** De las pruebas testimoniales se desprende que a principio de diciembre de 2019 la empresa empezó las averiguaciones para determinar el posible parentesco por afinidad entre la señora Laura Isabel Jaramillo y la señora Ruth Belinda Valero Sánchez, así como

el inicio del proceso disciplinario laboral a la accionante para ese mismo mes y año.

4. Conforme a lo anterior, es fácil percatarse que, el empleador no dejó transcurrir un tiempo considerable desde que tuvo noticia de los hechos hasta el despido, por lo que desbordó el principio de la inmediatez enunciado precedentemente, como de manera acertada lo concluyó el *a quo*.

Si en gracia de discusión se admitiera que la accionante informó acerca de posible conflicto de intereses a la psicóloga como lo expuso en el escrito contentivo de la demanda y en el interrogatorio de parte. Tal situación no cambiaría el sentido de la decisión, por cuanto, la actora afirmó conocer el documento contentivo de la política de conflictos de intereses y en el referido documento se pone de presente que ante una situación como la estudiada en el presente asunto, se debe comunicar al líder inmediato y al oficial de cumplimiento, cuestión que ella expresó que no realizó ni antes ni después de regresar de su periodo vacacional.

Por tanto, no resulta de recibo la afirmación de que la empresa tuvo conocimiento de que la señora Laura Isabel Jaramillo es hija de su compañero permanente desde el inicio del proceso de selección de personal en Abril de 2019, porque para esa data los jefes inmediatos de la accionante no tuvieron conocimiento de tal situación, sino solo hasta que un ex trabajador que fue despedido en noviembre de 2019 les informó de tal situación.

Bajo este panorama, no queda duda de que la entidad demandada actuó con celeridad en la investigación, inicio del proceso disciplinario laboral y la terminación del contrato de trabajo de la accionante, por lo que no es procedente revocar la sentencia de primera instancia.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala confirma la sentencia de primera instancia.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de febrero de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



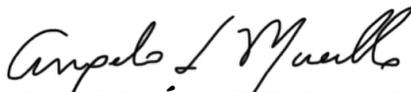
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS CARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MÚRILLO 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 01366 01.
DEMANDANTE: FIDELIA BENITEZ DE BAUTISTA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de mayo de 2022. Igualmente, se analizará el grado de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 1° de noviembre de 2018, con ocasión del fallecimiento de Daniel Bautista Camargo (q.e.p.d.), junto con los intereses moratorios o subsidiariamente la indexación y; las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que Daniel Bautista Camargo (q.e.p.d.), en vida fue afiliado a Colpensiones por los riesgos de invalidez, vejez y muerte; convivió con la demandante desde el 28 de noviembre de 1980, fecha de su matrimonio, hasta su fallecimiento, ocurrido el 1° de noviembre de 2018; fecha para la cual contaba con 1016,29 semanas cotizadas. Refirió que el 8 de abril de 2019, solicitó a

Colpensiones la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada por Resolución SUB 214074 del 9 de agosto de 2019, bajo el argumento de no haber cotizado dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento 50 semanas exigidas por la Ley 797 de 2003; quedando agotada la reclamación administrativa (fls. 36 a 43¹).

Al contestar Colpensiones, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la afiliación del causante, la fecha de su deceso, el número de semanas cotizadas, la reclamación administrativa y el acto administrativo que negó la prestación, por las razones argüidas. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago de IPC, ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la demandante no logra acreditar los requisitos exigidos para que se causara la pensión de sobrevivientes, de conformidad con el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, mediante la cual se modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y, que tampoco hay lugar a aplicar la condición más beneficiosa, pues la fecha de deceso del causante fue posterior a enero del 2006, requisito para dar aplicación al principio contemplando el tránsito legislativo (fls. 77 a 86²).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de mayo de 2022, negó la pensión de sobrevivientes, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y, absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones e, impuso costas a la accionante³.

¹ Expediente digital, archivo 01: Cuaderno principal.

² Expediente digital, archivo 01: Cuaderno principal.

³ Audiencia, archivo 10

Como sustento de su decisión, señaló que la demandante no acreditó el mínimo de semanas para acceder al derecho, así como tampoco los requisitos para dar aplicación al decreto 758 de 1990, en virtud de la condición más beneficiosa.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, argumentando que el causante cotizó un total de 1016.29 semanas en toda su vida, sobrepasando las 300 semanas que en vigencia del Decreto 758 de 1990, se requerían para acceder a la pensión de sobrevivientes. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado el derecho de los beneficiarios a recibir esta prestación, cuando el causante no estaba cotizando al momento del fallecimiento, sin tener los requisitos de la Ley 100 de 1993, pero sí los tenía a la luz del referido Decreto.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su cónyuge Daniel Bautista Camargo (q.e.p.d.).

Sea lo primero precisar que, la norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la vigente a la fecha en que se produce la muerte del afiliado. Así lo ha adoctrinado la Sala Laboral de la Corte

Suprema de justicia en reiterados pronunciamientos, entre otras, en SL10146-2017 reiterada en SL450-2018, en la que puntualizó que:

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

En el presente caso, Daniel Bautista Camargo (q.e.p.d.), falleció el 1º de noviembre de 2018 (fl. 11⁴), por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con el artículo 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, el cual establece que para obtener la pensión de sobrevivientes se requiere además de ser miembro del grupo familiar del afiliado al sistema, que éste haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores al deceso, o conforme al párrafo hubiere cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima media, en tiempo anterior a su fallecimiento.

En ese sentido, conforme a la relación de aportes se verifica que el afiliado en los 3 años anteriores a su fallecimiento, esto es, entre el 1º de noviembre de 2015 y el 1º de noviembre de 2018, no cotizó semana alguna⁵. Además, no cumple las condiciones previstas en el párrafo del citado artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, dado que a lo largo de su vida laboral apenas cotizó 1.016,29 semanas, por tal motivo, no se cumplen los presupuestos necesarios para la causación de la prestación.

⁴ Cuaderno principal

⁵ Fls. 15 a 18 Cuaderno principal

De la condición más beneficiosa

En relación con la 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 SL3867-2017; CSJ SL17720-2017; CSJ SL2358-2017; CSJ SL 034-2018; CSJ SL149-2018; CSJ SL353-2018 y CSJ SL 2843-2021).

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 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 797 de 2003, es decir, la Ley 100 de 1993 original, la cual establecía como requisitos: *a)* Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte o *b)* que una vez 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 la muerte. (CSJ SL4650-2017; SL2121-2019 y SL2119-2019).

En las referidas citas jurisprudenciales, se puntualiza que es procedente el análisis de tales requisitos, siempre y cuando se cumpla algunas de las siguientes hipótesis:

1. Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

- a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado estuviese cotizando.*
- b) Que hubiese aportado 26 semanas cualquier tiempo anterior, anterior al 29 de enero de 2003.*
- c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.*
- d) Que al momento del fallecimiento no estuviese cotizando, y*
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes del deceso.*

2. Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

- a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.*
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002.*
- c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.*
- d) Que al momento del deceso no estuviese cotizando, y*
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede al fallecimiento.*

Al amparo de las anteriores reflexiones, luego del estudio de la documental arrimada al presente proceso, se advierte que el principio de la condición más beneficiosa no le resulta aplicable, por cuanto el fallecimiento del afiliado fue posterior al 29 enero de 2006, dado que ocurrió el 1º de noviembre de 2018. De allí, que no sea procedente verificar los demás requisitos.

Ahora, en relación con el principio de la condición más beneficiosa, la H. Corte Constitucional a partir de la sentencia SU-005 de 2018 determinó que para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de quienes fallecieron en vigencia de la Ley 797 de 2003, pero no cotizaron 50 semanas de aportes en los 3 años anteriores al deceso para dejar causado el derecho a la prestación, sólo es razonable aplicar de manera ultractiva las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 cuando los beneficiarios se encuentran en situación actual de vulnerabilidad y estableció un test de

procedencia en los siguientes aspectos: **i)** Debe establecerse que el accionante pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en uno o varios supuestos de riesgo tales como analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento. **ii)** Debe establecerse que la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que solicita el actor afecta directamente la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas. **iii)** Debe acreditarse que el accionante dependía económicamente del causante antes del fallecimiento, de tal manera que la pensión de sobreviviente sustituye el ingreso que aportaba el causante al beneficiario. **iv)** Debe verificarse que el causante se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones para adquirir la pensión de sobrevivientes. **v)** Debe comprobarse que el actor tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

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.

Con todo, en el presente caso no se cumplen los presupuestos dispuestos por la H. Corte Constitucional, dado que la promotora del juicio si bien acreditó depender económicamente del causante, según el dicho de los testigos, no probó ser sujeto de especial protección constitucional debido a su vejez, toda vez que cuenta con 62 años, al haber nacido el 4 de marzo de 1961⁶. Igualmente, no acreditó otra condición de vulnerabilidad aludidas por la Corte H. Constitucional. Tampoco demostró que la carencia del reconocimiento de la pensión afecte su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas, máxime si se tiene en cuenta que vive en vivienda familiar, producto de la herencia que le correspondió a su difunto esposo y con sus tres hijos, quienes ahora velan

⁶ Fl. 13 Cuaderno principal

por ella y sus necesidades básicas. Además, no se expuso motivo alguno para justificar por qué el causante no cotizó las semanas exigidas por la ley en los tres años anteriores a su deceso.

De conformidad con las anteriores consideraciones, se confirma la sentencia apelada, en cuanto dispuso negar la prestación reclamada.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de mayo de 2022.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Radicación n.º 110013105 001 2019 01366 01

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
001 2019 01366 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 002 2018 00333 01
DEMANDANTE: JOSÉ ANTONIO VARGAS LEGUIZAMÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTLAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de julio de 2020. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se ordene a las demandadas autorizar, aprobar y ordenar, el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) al de prima media con prestación definida. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir a trasladar en bono pensional, con sus respectivos rendimientos financieros a Colpensiones.

En respaldo de sus pretensiones, narró que ha estado vinculado con diversos empleadores desde el 26 de abril de 1976, afiliado inicialmente al seguro social. Posteriormente y de manera inconsulta, fue trasladado al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., a partir del 1° de octubre de 2014. Indicó que cumplió 59 años de edad el 18 de septiembre de 2017 y más de

738 semanas de cotización para pensión, al mes de mayo de 2018. Que según proyección de su pensión, el valor de su mesada sería de un salario mínimo mensual legal vigente, siendo que su salario a la fecha de presentación de la demanda asciende a \$2'975.300. Solicitó a las demandadas su traslado de régimen, pero le fue negada (expediente digital, documento 01 fls. 53 a 69).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la vinculación del actor a sus primeros empleadores, así como su afiliación al régimen de prima media, y las peticiones elevadas a las demandadas, con su respuesta negativa. Manifestó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. Formuló las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que el accionante está incurso en una prohibición de retornar a prima media en razón a la edad y, no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, archivo 01 fls. 142 a 153).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Admitió a la afiliación del actor al ISS, la solicitud de traslado y la respuesta negativa. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda. Propuso las excepciones de prescripción de la acción que persigue la nulidad de la afiliación, falta de causa para pedir, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que la vinculación del actor es válida por ser libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría idónea y suficiente por parte del fondo, como se ratifica con el formulario de afiliación, sin que se configuren vicios del consentimiento; el demandante es un profesional con la capacidad de sopesar los beneficios del traslado; asimismo, no es beneficiario del régimen de transición y se

encuentra inmerso en la prohibición legal de trasladarse en razón de la edad (expediente digital, documento 01 fls. 92 a 104).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de julio de 2020 (expediente digital, documento 04), resolvió:

PRIMERO: Declarar la nulidad de la afiliación y traslado del demandante JOSÉ ANTONIO VARGAS LEGUIZAMÓN, identificado con la cédula de ciudadanía 19.364.807 al régimen de ahorro individual, realizado el 15 de abril de 1994 a Porvenir S.A., conforme lo dicho en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A., a trasladar dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones los valores que reposan en la cuenta de individual del demandante, señor José Antonio Vargas Leguizamón, identificado con la cédula de ciudadanía 19.364.807, que debe recibir el producto de la afiliación del demandante, a dicha entidad tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado con todos sus otros intereses, es decir, con los rendimientos que se hubiesen causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, sin que haya lugar a que a dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de la administración.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, representada legalmente por su Presidente, o quien haga sus veces, a recibir los aportes del señor José Antonio Vargas Leguizamón, identificado con la Cédula de ciudadanía 19.364.807 en el régimen de prima media con prestación definida, por esa entidad proceda a corregir y actualizar su historia laboral y tener entre sus actividades al demandante como si nunca se hubiese trasladado, en virtud del regreso autónomo.

CUARTO: Dadas las resultas del juicio, no se declaran probadas las excepciones propuestas por las demandadas convocadas a juicio.

QUINTO: Condenar en costas a la parte accionada Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dentro de los que habrá de incluirse por concepto de agencias en derecho, la suma de 2 salarios mínimos legales vigentes.

SEXTO: Si no fuera apelado, consúltese con el superior

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información precisa del cambio de régimen pensional, sin que resulte suficiente la manifestación de voluntad y selección del régimen consagrado en el formulario, pues este no constituye prueba certera, que permita decir que al actor se le proporcionó la información adecuada y veraz; además de existir error de hecho ante la información incompleta.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que el demandante se encuentra en la prohibición legal de la Ley 797 del 2003, en razón de la edad, sin que se encuentre en la excepción del régimen de transición. De otra parte, no se acreditaron los vicios de consentimiento que den lugar a la nulidad del acto jurídico, aunado a que la misma no fue alegada en la oportunidad legal del artículo 1750 del Código Civil, por lo que existió ratificación expresa o tácita para sanear el presunto vicio de consentimiento en el presente asunto. Señaló que con la declaratoria de ineficacia de traslado se afectaría la sostenibilidad financiera y descapitalización del sistema poniendo en peligro la seguridad social de los demás afiliados. De manera subsidiaria, solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia a la devolución de la totalidad de las sumas de la cuenta individual del demandante por la AFP.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia al argumentar que de la valoración del material probatorio obrante en el proceso, puede concluirse que el traslado al demandante a mi representada, efectuada en el año 1994, fue un acto válido a la luz del artículo 1502 del Código Civil y que en consecuencia, no había lugar a declarar su ineficacia. Existe un formulario de afiliación suscrito por el demandante, en el cual dejó constancia de que su decisión había sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones, que implica que recibió asesoría idónea, completa y suficiente, además no fue tachado de falso y fue suscrito por una persona plenamente capaz, que debe responder por las consecuencias de los actos que celebra en el mundo jurídico. Asimismo, indicó que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración, pues generaría un detrimento patrimonial de la administradora.

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 perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de

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

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió Instituto de Seguros Sociales, el 26 de abril de 1976 (expediente digital, archivo 01, fls. 154 a 160) y, migró al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. en abril de 1994, mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, documento 01, fls. 111 y 112).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que su afiliación fue a través de una amiga de su empleador, que le indicó que tendría beneficios, pero no le dio ninguna información; que firmó un formato con sus datos personales. Señaló que le preguntó cuál era el salario tenido en cuenta, como quiera que era trabajador independiente, y que la asesora no le dio ninguna proyección sobre su futuro, ni le habló de la existencia de un régimen de transición, ni el momento en que debía trasladarse de régimen; tampoco le informó qué componentes integraban su capital ahorrado; que la asesora fue muy breve. Manifestó que no realizó aportes voluntarios al fondo. Aclaró que cuando ingresó a laborar a la Registraduría Nacional del Estado civil, en el año 2002, llenó un

formulario para que le consignarán al ISS y que ésta empezó a efectuar al ISS sus aportes, que en los extractos se veía que los aportes venían siendo cotizados al ISS; pero en el año 2014 un funcionario de la gerencia de talento humano de la Registraduría lo llamó a preguntarle dónde estaba afiliado y allí le cuenta que llegó una Resolución del Ministerio del Trabajo en la que le decían que debía consignar los aportes al fondo privado porque de acuerdo a las bases de datos, se encontraba allí afiliado; recuerda que no le indicó a la persona de la Registraduría que se encontraba afiliado a Porvenir y que ellos tampoco le habían preguntado; qué pensó que con llenar el formulario ya era un hecho que la afiliación había quedado en firme al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones. Finalmente, indica que no ha recibido extractos ni información por parte de Porvenir, ni mucho menos le han allegado Resolución 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 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.

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

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

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

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.

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de julio de 2020, en el sentido de declarar únicamente la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: DECLARAR que Colpensiones 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 y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto

002 2018 00333



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 007 2019 00404 01
DEMANDANTE: ARIEL EDUARDO PEÑA GONZALEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril 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 Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de octubre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare que cumplió los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que tiene derecho a la pensión de vejez al cumplir los 60 años de edad. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar la pensión de vejez desde el 19 de junio de 2016, intereses moratorios, lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que estuvo afiliado durante su vida laboral al ISS hoy Colpensiones, desde el 5 de mayo de 1976. Solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez, la cual fue negada mediante Resolución GNR 266813 de 9 de septiembre de 2016, contra la que interpuso los recursos de ley; decisión confirmada por Resolución SUB173588. Aduce que se encontraba en el régimen de transición consagrado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tener más de 15 años al seguro social, pues para el 1º de abril de 1994 contaba con cerca

de 900 semanas cotizadas, aspecto que no modificó el Acto Legislativo 01 de 2005, siendo un derecho adquirido. Al cumplir los 62 años de edad, solicitó nuevamente la prestación, la cual le fue reconocida (expediente digital, archivo 01, fls. 37 a 41).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la afiliación del actor, la solicitud de pensión, su resolución negativa, la interposición de los recursos, las semanas cotizadas para el 1 de abril de 1994, el acto legislativo, la nueva solicitud al cumplimiento de los 62 años de edad y, el acto administrativo que reconoció la prestación. Manifestó que los demás hechos no son ciertos. Formuló 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, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó en su defensa que el demandante no contaba con 60 años de edad al 31 de diciembre de 2014, perdiendo definitivamente el régimen de transición, por tanto el reconocimiento de la prestación económica debió hacerse de conformidad con la legislación vigente, esto es, la Ley 797 de 2003 (expediente digital, archivo 01 fls. 44 a 53).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 6 de octubre de 2020, resolvió absolver a la demandada, declarar probadas las excepciones propuestas, e impuso costas al demandante (expediente digital, documento 09).

Como sustento de su decisión, señaló que al 31 de diciembre de 2014, el demandante contaba con solo 58 años de edad, por lo que no cumplía con este requisito para acceder a la pensión y, no podría

mantener el régimen de transición, conforme al Acto Legislativo 01 de 2005.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante, adujo que el tercer presupuesto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no exige la edad, pues se estaría ante una desigualdad; exigiendo la norma, solamente las 750 semanas al momento de la entrada en vigencia de la referida ley; sin que tampoco se exija el cumplimiento de los 60 años de edad dentro del régimen de transición.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala definir si el promotor del juicio es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por consiguiente, si Colpensiones está obligada a reconocer y pagar la pensión de vejez en aplicación al Acuerdo 049 de 1990.

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.

Se observa que el demandante a 1º de abril de 1994 no contaba 40 años, dado que nació el 18 de junio 1956¹; pero de conformidad con el reporte de Colpensiones actualizado a 20 de agosto de 2019, contaba con 910 semanas cotizadas, es decir, más de 15 años de servicios²; de suerte que, en principio, estaba cobijado por el beneficio de transición.

¹ Exp. digital, Carpeta: 03. Historia Laboral, archivo: 2013_3583379_GRP-DDI-PB

² Carpeta: 02. Expediente Administrativo

Ahora, no puede olvidarse que el párrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que dicho esquema transicional 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.

En el presente caso, el accionante al 22 de julio de 2005 contaba con 1477 semanas cotizadas, según se infiere de la historia laboral actualizada a 20 de agosto de 2019, entonces, los mencionados beneficios se extenderían, pero solo hasta 2014, en los términos del Acto Legislativo.

No obstante, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que *“La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres”*.

A su vez, el derecho pensional pretendido en la demanda, es el que se encuentra regulado por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en cuyos términos para acceder a la pensión de vejez requiere:

“a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”

De conformidad con el precepto en cita, el actor debía acreditar sesenta (60) años de edad por ser hombre y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización canceladas durante los 20 años anteriores a 18 de

junio de 2016, data en que cumplió la edad mínima exigida o, mil (1000) semanas de aportes sufragados en cualquier tiempo.

En este orden de ideas, pese a que el accionante cumplió la densidad de cotizaciones requerida, ya que como quedó visto, en toda su vida laboral aportó 1477 semanas, solamente alcanzó la edad mínima, esto es los 60 años, el 18 de junio de 2016, por lo que, al encontrarse condicionada la existencia del régimen de transición solo hasta el 31 de diciembre de 2014, en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005, no le era posible acceder al derecho pensional anhelado en aplicación de la normatividad anterior.

Bajo los anteriores presupuestos, el requisito de la edad mínima de 60 años para acceder al derecho pensional pretendido, sí debía ser acreditado por el demandante dentro de la vigencia del tránsito legislativo, para mantenerse como beneficiario del régimen de transición, situación que en el sub lite, no ocurrió, por lo que en manera alguna puede concedérsele la prestación a la luz de una norma anterior a la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia debe ser confirmada en su integridad. Sin costas en la apelación, 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 6 de octubre de 2020 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

SEGUNDO: No se causan costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MÚRILLO VARÓN

Magistrada

007 2019 00404 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 007 2019 00573 01
DEMANDANTE: MIGUEL HERNAN ORTIZ RAMIREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Visto el memorial de sustitución de poder allegado en esta instancia por la apoderada general de la parte demandada (archivo 42), se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. LINA MARIA CORDERO ENRIQUEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.098.200.506 y T.P. No. 299.956 del C.S. de la J.

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de julio de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 17 de julio de 1998 a través de la AFP Davivir, hoy Protección S.A. y, posteriormente a la AFP Colfondos. En consecuencia, se ordenó a este último fondo a retornar al actor, junto con cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y, rendimientos a Colpensiones y; a esta

última, a recibirlo y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 9 de diciembre de 1958; estuvo afiliado al sistema general de pensiones con el ISS, desde el 21 de agosto de 1984 hasta el 31 de julio de 1998, acumulando un total de 725 semanas de cotización; fecha en la que se trasladó a la AFP Davivir, hoy Protección S.A., por cuanto llegaron asesores a su trabajo, le informaron la existencia de los fondos, le dijeron que tenían beneficios significativos frente al ISS, que podría ahorrar y ganar intereses que aumentarían el valor de su pensión, que podría retirar su ahorro en cualquier tiempo y le informaron sobre el riesgo de la posible liquidación del ISS, manifestándole que posiblemente perdería sus cotizaciones; nunca le realizaron proyección pensional, requisitos para la pensión, o consecuencias del traslado. Asegura que el asesor lo indujo a engaño y error viciando su consentimiento en la decisión del traslado.

Dice que para el mes de abril de 2001, llegaron asesores de Colfondos, indicándole ventajas de solidez financiera, que podría tener mayores intereses sobre los saldos y una mejor pensión; le informaron la posible liquidación del ISS y su pérdida de aportes si reconsideraba el fondo público, tampoco le hicieron proyección pensional, ni requisitos para pensionarse o le informaron de forma completa beneficios y desventajas.

Asegura que tiene un total de 1755 semanas cotizadas a octubre de 2018. Que radicó peticiones ante las demandadas, solicitando la nulidad del traslado, recibiendo respuesta negativa. Que según simulación pensional, su mesada sería superior en Colpensiones (expediente digital, archivo 01, fls. 4 a 26).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante y la solicitud de traslado con su respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito la descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de

prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el accionante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no hizo uso del derecho de retracto y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 02 fls. 3 a 29).

La AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó ser cierta la data de nacimiento del actor, la presentación del régimen por parte de sus asesores en 1998, la información referente al ahorro e intereses, las peticiones de nulidad del traslado y su respuesta. Indicó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación del demandante al fondo de pensiones Protección se efectuó de manera libre y voluntaria, brindando una asesoría completa y comprensible, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; sin ejercer su derecho de retracto, ni regresar al RPM en oportunidad (expediente digital, archivo 04 fls. 3 a 30).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la fecha de nacimiento del demandante, la presentación del fondo privado en el 2001 por sus asesores, la totalidad e semanas cotizadas, la petición de nulidad del traslado, su respuesta, y la proyección pensional. Manifestó no constarle los demás hechos. No formuló excepciones. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea del demandante, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento (expediente digital, carpeta 03 fls. 4 a 7).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 14 de julio de 2022 (expediente digital, archivo 32), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la vinculación o afiliación realizada por el demandante señor demandante Miguel Hernán Ortiz Ramírez, con la AFP Protección el 17 de julio de 1995 contenida en el formulario No. 688108, y con la AFP Colfondos el 30 de abril de 2001 conforme a las pruebas aportadas al proceso y; finalmente con la AFP Protección con el de afiliación electrónica según formulario número 170031568 del 2 de junio del 2020.

SEGUNDO: ORDENAR a Protección, fondo donde actualmente se encuentra afiliado el demandante, a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de que es titular el señor demandante Miguel Hernán Ortiz Ramírez, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Protección y Colfondos, a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del demandante desde el año 1995 que se realizó el traslado de régimen pensional, tales como gastos de administración, comisiones o cualquier otro valor o emolumento que se hubiesen descontado de dichos aportes pensionales del demandante por los fondos privados de pensión, los cuales deben ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados a título de actualización monetaria.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como su afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al señor demandante desde su afiliación inicial al ISS en 1984.

QUINTO: Dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones, ni Protección. A Colfondos téngase en cuenta que se tuvo por no contestar la demanda.

SEXTO: Las costas son a cargo de Protección y Colfondos. Las agencias en derecho se tasan a favor del demandante en 2 SMLMV al momento del pago, a cargo de cada fondo. No hay lugar a condena en costas en contra de Colpensiones.

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

Como sustento de su decisión, señaló que ninguna de las AFP demandadas demostraron haber cumplido con su deber de información al momento de la afiliación ni posteriormente, sin que sea suficiente la simple suscripción del formulario; carga que les correspondía en los términos del artículo 1604 del Código Civil; concluyendo que la vinculación del demandante al régimen privado de pensiones no estuvo acorde al Estatuto de Seguridad Social y las reglas de libertad de escogencia del sistema.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones manifestó que no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento; para la época de traslado del actor solo se exigía el formulario de afiliación donde constará la plena intención del demandante de permanecer en el régimen de ahorro individual, no siendo razonable ni jurídicamente válido imponerle a las administradoras, obligaciones y soportes de información no previstas en el ordenamiento jurídico para la época. El actor también tenía el deber de informarse adecuadamente del sistema general de pensiones. Finalmente, indica que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional y se pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

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 Instituto de Seguros Sociales desde el 21 de agosto de 1984 al 31 de julio de 1998 (expediente digital, archivo 02, fls. 51 a 53), fecha a partir

de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Davivir Pensiones y Cesantías, hoy Protección S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, archivo 04, fl. 39); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Colfondos a partir del 30 de abril de 2001 y, el 2 de junio de 2020 retornó nuevamente a Protección, (expediente digital, documento 04, fl. 50).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que inició a trabajar aproximadamente en el año 1988. Que a finales de la década de 1990, apareció un “bum” de un nuevo sistema de cotización de pensiones que les fue informado directamente por los fondos en los corredores de la universidad donde trabajaba, diciéndoles que era mejor en muchos sentidos, que los rendimientos podían proveer una pensión mejor; que podría retirar en un momento determinado lo que tenía ahorrado, lo que le pareció muy atractivo; que se iba a poder pensionar con una mejor cantidad y; que el seguro social se iba a acabar; lo que los indujo a cambiarse a la mayoría de los empleados, sin realmente tener más conocimientos. Resume la información en: 1. Que no estaban sometidos al riesgo que se acabara el fondo pensional, 2. Que iban a tener mejores rendimientos y, 3. Que iban a tener mejor pensión al final de la vida profesional. En ese momento no sabía cuáles eran los fondos, hasta hace poco empezó a saber las consecuencias. En lo referente al traslado a Colfondos en el año 2001, dice que fueron unos asesores y les dijeron que ese fondo estaba funcionado mejor, les ofrecieron cambiarlos y dijo que sí, pero sin tener la información correcta de los riesgos. Antes de los 52 años de edad no le hicieron asesoría, nunca tuvo asesoría; se enteró que había pasado el límite de edad, luego de haberla cumplido. Le han llegado extractos, pero no los abre porque no tenía duda que estaba haciendo lo correcto y, una vez abrió uno pero no lo entendió bien. Cuando se cambió de fondo en el 2020, fue porque necesitaba una plata, como los bancos estaban cerrados por la pandemia, trató en las páginas de internet de uno de los fondos para retirar las cesantías y pensó que estaba haciendo la solicitud de éstas, pero al final le salió un mensaje que decía que se había pasado de fondo de pensiones; solicitó la nulidad de ese trámite, pero no fue posible. No ha solicitado información. Para la fecha del primer

traslado, no tenía conocimiento del sistema pensional; realizó aportes voluntarios, inicialmente como un año o 2, no está seguro si fue en un fondo privado o en una cooperativa y, en su momento no lo sabía. No tenía clara la diferencia entre pensiones y cesantías. No sabe cuál es el capital mínimo para pensionarse. La razón principal para retornar a Colpensiones es la mesada pensional, pues cuando consultó el grupo de abogados le hicieron el cálculo y había una diferencia importante, además, colegas se han pensionado y la diferencia es enorme. No sabe cómo se determina una pensión en fondo privado. Finalmente indica que no verificó que fuera cierto que el seguro social se iba a acabar, pues en esa época no pensaba en que algún día se iba a pensionar.

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

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

Por tanto, la AFP Protección S.A. administradora a la que se encuentra actualmente afiliado el accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ

SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). Por tanto, la sentencia se modificará en esta parte.

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

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

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de julio de 2022, únicamente en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia revisada, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a Protección 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.

TERCERO: MODIFICAR el numeral tercero de la decisión de primera instancia, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: 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 del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada Con aclaración de voto
007 2019 00573 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 007 2020 00002 01
DEMANDANTE: IRMA LUCIA GUERRERO GAVIRIA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Visto el memorial de sustitución de poder allegado en esta instancia por la apoderada general de la parte demandada (archivo 3), se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. KAREN LIZETH PEÑUELA MARTIN, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.012.386.438 y T.P. No. 262.254 del C.S. de la J.

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de octubre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), por lo que pertenece al régimen de prima media, sin solución de continuidad, o en subsidio, se declare la inexistencia del acto de dicho traslado. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a devolver todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por

aportes obligatorios y rendimientos, a Colpensiones y; a esta última, a reactivar la afiliación, recibir los dineros y corregir la historia laboral. Se condene al fondo privado al pago de perjuicios morales y; se condene a las demandadas en costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 19 de marzo de 1963. Ha trabajado a lo largo de su vida para varias entidades. Se afilió al sistema general de pensiones administrado por el Instituto de Seguros Sociales, desde el año 1988 al 1997. El 2 de diciembre de 1997 suscribió formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A., trasladándose al régimen de ahorro individual, por considerar que le era mucho más beneficioso que el régimen de prima media, pues los fondos privados comenzaron a ejercer una publicidad muy agresiva por diferentes medios de comunicación personal y mediante visitas. Aduce que el asesor no contaba con título ni formación o capacitación para ofrecer una información completa, veraz y suficiente acerca del traslado; no se le hicieron advertencias de los riesgos, monto de pensión, posibilidad de capital insuficiente, distintas modalidades, bono pensional, funcionamiento financiero del fondo privado, ni derecho de retracto. Indica que fue objeto de engaño, pues le manifestaron que la condición pensional sería mucho más ventajosa, que el régimen de prima media desaparecería, que tendría una pensión con mejor monto, que en ningún caso su situación sería desventajosa frente al RPM y, que solo tendría que firmar un documento para hacer efectivo su traslado. Según simulación pensional realizada por la administradora, la diferencia de la mesada con el RPM sería de aproximadamente \$3'323.700. Solicitó a las demandadas la nulidad de su afiliación, obteniendo respuestas negativas. Afirma que la incertidumbre sobre su futuro, le ha causado un gran impacto emocional (expediente digital, archivo 01, fls. 4 a 18).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora, la afiliación al ISS y la petición de nulidad con respuesta negativa. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del

derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. 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; que no tenía ningún derecho consolidado o expectativa legítima y en todo caso no hizo uso del derecho de retracto (expediente digital, archivo 19, fls. 4 a 47).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera libre e informada, garantizando el derecho de retracto; además que no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, documento 17 fls. 3 a 42).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 4 de octubre de 2022 (expediente digital, documento 30), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora Irma Lucía Guerrero Gaviria con la AFP Colpatria, hoy Porvenir, contenida en el formulario No. 10359 del 2 de diciembre de 1997.

SEGUNDO: ORDENAR a Porvenir a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora Irma Lucía Guerrero Gaviria, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la señora demandante desde el año 1997, cuando fue trasladada de régimen pensional, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden judicial, una vez ejecutoriada la sentencia, y

dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación del auto de obediencia al Superior, Porvenir deberá presentar un informe al Despacho donde deben aparecer debidamente discriminados todos los valores y conceptos objeto de devolución, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, y demás información relevante que lo justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones a recibir a la demandante sin solución de continuidad como su afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial al ISS en 1988.

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

SEXTO: Niéguese las restantes pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Las costas son a cargo de Colpensiones y Porvenir y en favor de la demandante. Las agencias en derecho se tasan en 2 SMLMV, a la fecha del pago, a cargo de cada uno de los fondos demandados.

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

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información veraz, completa, clara y precisa para que la demandante tomara una decisión voluntaria, consciente e, informada de trasladarse de régimen, lo que conduce a declarar la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que la carga de la prueba en este tipo de procesos no se cumplió al no demostrarse vicios en el consentimiento, máxime cuando la afiliación se dio en el año 1998, por lo que han transcurrido 21 años de la fecha configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, pues para esa fecha no era obligación dejar registro documental de la misma.

La AFP Porvenir S.A. arguye que las características, condiciones de afiliación traslado, reconocimiento de prestaciones propias de los regímenes pensionales están consagrados en la Ley 100 de 1993, norma de alcance nacional, que impone su conocimiento a todos los ciudadanos,

por tanto, no se puede alegar la ignorancia como excusa. No se debe ordenar la devolución de los descontado por gastos de administración, primas de seguro, de manera indexada, pues constituyen conceptos autorizados a descontar por la buena administración que se ejerció sobre el capital de la cuenta individual y que se destina a incrementar el saldo, generando rendimientos financieros superiores al mínimo establecido por la Superfinanciera y que no se hubieran causado en el régimen de prima media; por cuanto configuraría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Además los gastos de administración no están sujetos a la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción. En su defecto solicita se autorice a descontar de las sumas, las restituciones mutuas como quiera que la AFP realizó una gestión en favor del afiliado que le generó los referidos rendimientos. Se opone a la indexación, teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones de las AFP se encuentran las de generar la rentabilidad mínima de las cuentas, por lo que resulta incompatible ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro de la parte demandante no se ven afectados por la inflación, por el contrario, ha generado rendimientos.

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 expedido por Colpensiones, la actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 5 de septiembre de 1988 (expediente administrativo, archivo 20, fls. 145 a 147) y, migró al RAIS a través de la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A. el 2 de diciembre de 1997, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 17, fls. 89 y 91).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se afilió en 1988 al Instituto de Seguros Sociales; posteriormente en diciembre de 1997, el área de recursos humanos de la constructora en donde trabajaba, solicitó que hablaran con asesores por temas de pensiones; que había unos cubículos y ella fue directamente a un asesor de Colpatria, porque esa empresa le daba confianza y solicitó la información; que el asesor le indicó que el seguro social estaba muy mal económicamente y que los recursos que tenía eran para cubrir las pensiones de quienes les faltaba menos de 10 años, por lo que era necesario cambiarse de empresa; le dijo que los aportes que tenía que hacer en adelante serían los mismos. En ese momento le faltaban 25 años para pensionarse, así que simplemente aceptó por la confianza y seguridad que le daba Colpatria; verificó la información del formulario y lo firmó. Más o menos en 2010 un pariente le informó que las empresas privadas habían empezado a realizar la pensión de las personas y que estaban muy insatisfechas, se informó con recursos humanos, quiso hacer el traslado, pero no pudo porque ya tenía más de 47 años de edad; en los años siguientes, se fue enterando más del tema y tomó la decisión que era mejor regresar a Colpensiones porque las condiciones que le estaban ofreciendo no era buenas. Porvenir le informó que en la cuenta había un dinero y que ese dinero era hasta que se acabara, que si se acaba antes no tendría la pensión de todos los años de vida que pueda tener y, en monto también era muy inferior a su salario, en ese entonces le calcularon \$1.200.000 y ella ganaba salario integral, o sea no era ni el 10%. Porvenir nunca le hizo asesoría, ni le informó respecto de la edad máxima para trasladarse, ni que la prestación podría ser heredable, registró beneficiarios en el formulario porque le dijeron que

debía llenar la información de su familia. La asesoría duró como 7-8 minutos, únicamente mientras se llenaba el formulario. Recibió extractos trimestrales; no sabía que su cuenta generaba rendimientos, para ella era igual que la del seguro social. No se sintió presionada para firmar, pero sí le dijeron que debía escoger un fondo privado. No se le informó sobre requisitos para obtener la pensión de vejez ni, consecuencias de no cumplir con esos requisitos. No ejerció el derecho de retracto, porque no tenía la información completa en esa época. Escogió la AFP de manera libre y voluntaria. Quiere retornar a Colpensiones porque las condiciones que le ofrecieron no son las reales, a ella le informaron que era lo mismo que el seguro social, con las mismas condiciones, con la diferencia de que este se iba a acabar y que por eso le tocaba hacer el cambio, considerando que las condiciones actuales son desfavorables con el fondo privado, según la liquidación que le hizo 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 al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

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

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

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

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.

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.

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

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

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 Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de octubre de 2022, en el sentido de declarar la ineficacia únicamente del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

CUARTO: Sin **COSTAS** en la consulta, ni en la instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

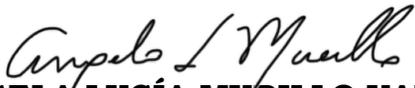
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

Radicación n.º 110013105 007 2020 00002 01.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto
007 2020 00002 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 007 2020 00204 01
DEMANDANTE: LUIS MIGUEL ANTONIO RIVERA MATEUS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril 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 Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de marzo de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 1 de enero de 1997 a través de la AFP Colfondos y la efectuada con Porvenir S.A. posteriormente. En consecuencia, se ordenó a Colfondos S.A. a trasladar la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, comisiones de administración y bonos pensionales a Colpensiones y; a esta última, a realizar las gestiones necesarias encaminadas a anular el traslado y a recibir al afiliado sin solución de continuidad. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 7 de mayo de 1958; se afilió al sistema general de pensiones con el ISS, hoy Colpensiones, el 24 de enero de 1985, cotizando un total de 617 semanas. El 1 de enero de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Colfondos S.A. y posteriormente a Porvenir S.A., 1171 semanas; para un total entre ambos regímenes de 1789 semanas. Afirma que su decisión no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP inicial, y se destacó por su indebida y nula información. Porvenir no le informó sobre la imposibilidad de trasladarse antes de que le faltaren 10 años para cumplir la edad de pensión. Solicitó a las demandadas su traslado (expediente digital, archivo 05, fls. 5 a 19).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante, su afiliación al ISS, las semanas allí cotizadas, y la solicitud de traslado. 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 16 fls. 4 a 38).

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

válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación y la vinculación a varias administradoras de fondos de pensiones privadas; además el demandante no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, archivo 15 fls. 3 a 27).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la fecha de nacimiento del demandante y la petición de traslado. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y las declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea del demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, el actor no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, carpeta 19 fls. 5 a 16).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 2 de marzo de 2023 (expediente digital, archivo 35), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la vinculación o afiliación realizada por el demandante señor demandante Luis Miguel Antonio Rivera con la AFP Colfondos el 26 de noviembre de 1996 contenida en el formulario No. 38374 y con la AFP Porvenir el 7 de diciembre de 2001 contenida en el formulario No. 01643122.

SEGUNDO: ORDENAR a Porvenir, a devolver a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor Luis Miguel Antonio Rivera dineros que deben incluir los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo el traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a los fondos privados demandados Colfondos y Porvenir, a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del señor demandante desde el año 1996, mientras estuvo afiliado a cada uno de esos fondos privados, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y

sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede a Porvenir y Colfondos el término de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe al Juzgado, discriminando en forma debida todos los valores objeto de devolución, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes que se devuelven, los descuentos objeto de devolución, los valores de cada uno con su indexación y toda la información relevante que lo justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como su afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al señor demandante desde su afiliación inicial al ISS en 1985.

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

SEXTO: Las costas son a cargo de Colpensiones, Porvenir y Colfondos. Las agencias en derecho se tasan a favor del demandante en 2 SMLMV, a cargo de cada uno y, por el monto o valor de la fecha de su pago.

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

Como sustento de su decisión, señaló que ninguna de las AFP demandadas demostraron haber cumplido con su deber de información al momento de la afiliación ni posteriormente, sin que sea suficiente la simple suscripción del formulario; carga que les correspondía en los términos del artículo 1604 del Código Civil; concluyendo que la vinculación del demandante al régimen privado de pensiones no estuvo acorde al Estatuto de Seguridad Social y las reglas de libertad de escogencia del sistema.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones manifestó que no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento, entendido como el deber de la información, por lo que existe una indebida y errónea interpretación del artículo 1604 del Código Civil, ya que es el afiliado el que debe al fondo la realización de sus aportes y solo hasta que se pensiona se invierten las partes. Al accionante no le asiste derecho a retornar al régimen de prima

media, por encontrarse dentro de la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003, y no ser beneficiario del régimen de transición; por lo que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional y se pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Asimismo rechaza la condena en costas, como quiera que representaría un detrimento patrimonial para Colpensiones por decisiones en las que no tuvo injerencia, toda vez que el fondo privado es el que debió brindar el debido asesoramiento al demandante, siendo Colpensiones un tercero de buena fe.

La AFP Porvenir S.A. se opone a la devolución de gastos de administración, pues considera que no forman parte integral de la pensión de vejez, por ello están sujetos a la prescripción, así como las primas de seguros o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta individual del afiliado y sus respectivos rendimientos financieros, toda vez que no le corresponden estos valores a los afiliados, correspondiendo a sumas por la gestión de la administradora. Igualmente se opone a la indexación, por cuanto afirma que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar.

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 Instituto de Seguros Sociales desde el 24 de enero de 1985 al 30 de noviembre de 1996 (historia laboral, archivo 17), fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos Pensiones y Cesantías, mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, archivo 19 fls. 101 y 102); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Protección S.A., a partir del 1 de febrero de 2002 (expediente digital, documento 15, fls. 62 y 64).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que desde que inició a trabajar en 15 de enero de 1985 estuvo afiliado al seguro social. El 26 de noviembre de 1996, un delegado de Colfondos llegó al Club Los Lagartos, donde trabajaba, y los reunieron en una oficina; se les informó que el seguro social se iba a acabar y que ellos serían los indicados para asumir sus pensiones. Básicamente les dijeron que podían optar por el fondo privado para continuar aportando a pensión y les pidieron que firmaran el formulario que ya tenía los datos por la empresa, y que les entregó el delegado de Colfondos. No pudo hablar directamente con el asesor, no leyó el formulario, solo lo firmó. Posteriormente, Porvenir el 7 de diciembre de 2001, también hizo una reunión parecida; les dijo que eran otra alternativa para la pensión y como fue el mismo club quien presentaba esa alternativa, confió que sería mejor. En la reunión no tuvo la oportunidad de hacer preguntas. En ambas oportunidades fue el club quien llevó los asesores. No se le volvió a presentar reasesoría, ni se le indicó que podría retornar antes de los 52 años. Quiere devolverse a Colpensiones porque hablando con sus compañeros se ha dado cuenta que su mesada pensional sería más alta. Dice que sí le llegan extractos de Porvenir. La información financiera que presenta Porvenir le parece confusa. No conocía los requisitos para pensionarse al momento de su

traslado, ni tenía conocimiento de qué pasaría con sus aportes al momento de su traslado o en caso de su fallecimiento.

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

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

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

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

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Colfondos S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero

descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). 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 el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

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

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

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 del demandante.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de marzo de 2023, únicamente en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR 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 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 ante su no causación.

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 021 2021 00058 01
DEMANDANTE: ANA ELVÍA RINCÓN MORENO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril 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 Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de enero de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por lo que debe estar afiliado a prima media, sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordenó a la AFP demandada, a trasladar de todos los aportes, junto con los rendimientos, gastos de administración y bono pensional, a Colpensiones; y a ésta última, aceptarlos y registrarla como afiliada, sin solución de continuidad. Asimismo, se condene a las demandadas al pago de costas, agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 1° de enero de 1963; se afilió al seguro social en el año 1987. Nunca ha solicitado el traslado de régimen pensional, pero al verificar su número de semanas y

su status pensional, se percató que se encontraba afiliada al régimen de ahorro individual, a través de Porvenir S.A. Afirma que mediante formulario de afiliación, el fondo de pensiones la trasladó de régimen sin su consentimiento y que la firma allí plasmada no corresponde con la de ella, sino a la señora “Sara Quintero” quien en su momento era su empleadora. Solicitó la anulación del traslado por adulteración de los documentos, pero le fue negada bajo el argumento de no encontrarse inmersa dentro de las causales para solicitar el traslado, sin atender la solicitud de adulteración (expediente digital, archivo 01 fls. 5 a 15).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante y su afiliación al ISS. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que no puede tener como afiliada a la demandante al régimen de prima media, por no ser ésta la entidad competente y no tener la facultad para determinar y declarar la falsedad de la firma contenida en el formulario de afiliación por medio del cual se trasladó al fondo privado, como tampoco puede aceptar la declaratoria de nulidad de la afiliación realizada por la AFP en el año 2011, toda vez que la misma se llevó a cabo sin tener en cuenta a Colpensiones y sin iniciar la acción judicial pertinente; por lo que se encuentra válidamente afiliada al RAIS. De otra parte, afirma que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en la 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 09 fls. 3 a 43).

La AFP Porvenir manifestó no oponerse ni aceptar las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y, que la firma del formulario de afiliación no es la de ella. Indicó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, carencia de acción y ausencia de derecho sustantivo, prescripción, buena fe, inexistencia de la afiliación y, las demás declarables de oficio. En su defensa expuso que ante la solicitud de anulación bajo el argumento de no corresponder su firma a la contenida en el formulario de afiliación del 14 de mayo de 2008, la vinculación al RAIS se tiene por inexistente, por cuanto no concurrió el elemento esencial del consentimiento, por lo que la afiliación de la demandante a Colpensiones nunca se vio interrumpida (expediente digital, archivo 08 fls. 3 a 10).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 19 de enero de 2023 (expediente digital, archivo 40), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la demandante, señora ANA ELVÍA RINCÓN MORENO en la actualidad se encuentra válidamente afiliada a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por cuanto la solicitud de afiliación al RAIS con PORVENIR S.A., plasmada en el formulario de fecha 14 de mayo de 2008, no se materializó, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a que actualice la historia laboral de la demandante, como consecuencia de la anterior declaración, para lo cual deberá adelantar todos los trámites interadministrativos que estime necesarios a los que deberá concurrir PORVENIR S.A., en caso de así solicitarlo dicha Administradora del RPMPD.

TERCERO.- ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: DECLARAR no probada ninguna de las excepciones propuestas por las demandadas, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS DE ESTA INSTANCIA a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. Líquidense por Secretaría incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de \$800.000 a cargo de cada una de ellas. Ello ante la evidente inexactitud en la información registrada en los archivos de las mismas.

SEXTO: CONSULTAR esta decisión con el Superior, por ser adversa a la demandada Colpensiones, en caso de no ser apelada la misma.

Como sustento de su decisión, señaló que el formulario de afiliación no fue reportado ni tramitado de debida forma, no pasando de ser una simple solicitud, como se lo indicó Porvenir a la demandante, sin que se materializara su traslado de régimen de prima media al RAIS en el año 2008; estando afiliada válidamente a Colpensiones, quien ha venido recibiendo los aportes por parte de su empleador, además que los aportes realizados en el RAIS le fueron girados a Colpensiones junto con sus rendimientos, sin que conste desaprobación o devolución de alguna suma de dinero. Colpensiones no puede exigir una sentencia penal que declare la falsedad o fraude, cuando lo que se verificó fue la existencia de un error de la AFP.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones manifestó que en el presente proceso no se evidencia la existencia de algún dolo consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante con respecto a su afiliación para el año 2008 al régimen de ahorro individual, siendo evidente que ese traslado se dio en cumplimiento de las solemnidades legales, lo cual produjo los efectos válidos de traslado a dicho régimen, sin que exista prueba de que estuviera viciado de alguna nulidad. No se logró demostrar que el formulario de afiliación suscrito por la demandante con la AFP, no tenga validez debido a que la firma fue falsificada, pues la única autoridad competente para declarar falsedad en un documento es un Juez penal y no la misma AFP, por lo que se necesita un denuncia pertinente; aunado a que a Colpensiones no le constan los hechos y la demandante no acudió a rendir interrogatorio de parte, sin que estén probadas las circunstancias argüidas en la demanda, en los términos del artículo 167 del CGP. De otra parte, aun cuando se ven reflejadas algunas cotizaciones a Colpensiones, todo el tiempo se le informó a la demandante que no estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida (RPM).

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir la validez del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual de la actora, llevado a cabo en el año 2008.

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

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

De la nulidad del acto jurídico

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora se afilió y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 1º de julio de 1987 (expediente digital, archivo 09 fls. 44 a 58).

Mediante formulario de afiliación a Porvenir S.A., diligenciado el 14 de mayo de 2008, se efectuó un traslado a nombre de la accionante, al

régimen de ahorro individual con solidaridad (expediente digital, archivo 08 fl. 94). No obstante, la suscripción de dicho formulario de vinculación no fue realizada por ella, sino que lo fue por la señora Sara Quintero, quien en decir de la demandante, fungía para ese momento como su empleadora.

Por lo anterior, el 29 de marzo y el 16 de abril de 2010, la demandante solicitó a Porvenir S.A. la anulación de esa afiliación por haber sido tramitada sin su consentimiento y sin su firma¹; y en el mismo sentido, la Gerente Administrativo de la Agencia de Aduanas Interblue S.A., en nombre de la demandante, elevó la misma petición en los siguientes términos²:

Por medio de la presente nos permitimos solicitar la anulación de la afiliación No.12734566 del 14 de Mayo de 2008, ya que fue tramitada por la persona que se encontraba a cargo del área de Recursos Humanos de nuestra compañía la señora SARA QUINTERO SOLANO, donde firma por la funcionaria ANA ELVIA RINCÓN MORENO **sin su consentimiento**, y pese a que la empresa nunca le autorizó esta clase de trámites. Así mismo el señor JULIAN CASTIBLANCO, funcionario de Porvenir firma en aceptación de la afiliación, lo cual tampoco debió suceder ya que estos trámites deben ser efectuados por los funcionarios personalmente, y por ningún motivo nuestra compañía avala esta clase de irregularidades.
(Negrilla fuera de texto)

Frente a dichas solicitudes, la AFP mediante comunicaciones del 15 de abril y del 10 de mayo de 2010, le informó³:

En atención a su comunicación de la referencia, nos permitimos informarle que esta Administradora basada en los hechos que motivan su reclamación procedió a suspender los trámites de la Solicitud de Vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias No 3274177 de fecha 20080514, considerando que es inválida. Así mismo informamos que en el siguiente proceso de pago mensual, procedemos a trasladar a su anterior administradora ISS los aportes depositados en la cuenta individual con los rendimientos respectivos.

(...)

¹ Expediente digital, archivo 08, fl. 30 y 34

² Fl. 29, ibídem

³ Fl. 28, ibídem

En el mismo sentido, obra comunicación de la AFP Porvenir, dirigida a la demandante, del 26 de febrero de 2020, en la que se le indica que validado el sistema, presentó una vinculación a esta administradora del 1 de junio de 1994 al 31 de julio de 2001, la cual finalizó por traslado al ISS hoy Colpensiones y, posteriormente se presentó un traslado el 14 de mayo de 2008 desde Colpensiones, **el cual fue anulado sin que se activara la vinculación**. Así mismo, se le adjunta la historia laboral y el histórico de pagos correspondiente a los aportes pagados a Porvenir que se giraron a Colpensiones como no vinculados dada la anulación referida⁴. Y mediante comunicación del 12 de mayo de 2021, se le informa que se reportó la anulación ante el Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión – SIAFP⁵.

Pues bien, de cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la demandante demostró ante la AFP Porvenir S.A, que el formulario de vinculación del 14 de mayo de 2008, tenido en cuenta inicialmente para su traslado, no fue suscrito por ella, y que en efecto, tampoco medio su autorización para que la señora SARA QUINTERO lo hubiese firmado en su nombre y representación, pues carece de un poder o autorización escrita.

A este respecto, debe recordarse que de conformidad con el artículo 1502 del Código Civil *“para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad”* es necesario, entre otras cosas, *“que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio”*. Asimismo consagra que, los vicios de que puede adolecer el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo, esto es, que el consentimiento es uno de los elementos esenciales para la existencia y validez del acto jurídico y de ello depende que la manifestación de voluntad de cada uno de los agentes no se produzca bajo el imperio de coacción física o moral, ni a causa de un error fortuito o provocado por el dolo de otro de los agentes.

Ahora bien, los vicios del consentimiento, error, fuerza y dolo, no surgen en abstracto sino que deben provenir de hechos que de manera

⁴ Fl. 39 y ss, ibídem

⁵ Fl. 51, ibídem

clara afecten el consentimiento de modo que, de no existir ellos, la declaración de la voluntad no se habría emitido; siendo imperioso para quien la alega acreditar su causación y efectos, a fin de dar viabilidad a las pretensiones de la demanda.

En este sentido, en el examine quedó plenamente demostrada la ausencia de consentimiento de la demandante respecto del traslado efectuado el 14 de mayo de 2008, pues como quedó visto, ni siquiera fue ella quien plasmó su firma en el formato de vinculación, sin que se acreditara por medio probatorio alguno, que la firmante hubiere contado con autorización expresa de la trabajadora, siendo la consecuencia de tal falencia, la nulidad del acto jurídico, tal como lo aceptó la misma AFP.

Cumple precisar que no es válido a Colpensiones exigir que se adelante una denuncia ante la Fiscalía General de la Nación para que inicie el proceso de investigación y se declare judicialmente la falsedad del documento, pues ello sería poner en acción el aparato judicial de una manera innecesaria, al no existir controversia alguna sobre la verificación de la firma de la actora. Nótese que de la simple vista del formulario se desprende que quien firmó es un tercero ajeno a la afiliada, y que no obra autorización alguna que ésta le otorgara, en tanto que ni siquiera se manifiesta que se haya acompañado; situación que a simple vista no configuraría una falsedad, sino un error, como se dijo, la inexistencia del consentimiento de la actora en el acto jurídico.

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Porvenir S.A. faltó a su deber en la verificación de los requisitos formales para legalizar el traslado, lo que conlleva la nulidad del acto jurídico de traslado y, en consecuencia la accionante se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como lo encontró la juez de primera instancia, y por ello habrá de confirmarse la decisión.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado en los casos en los que se declara la ineficacia de un traslado de régimen, que en tratándose de afiliados, los fondos privados de

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

Y aunque este criterio se ha establecido para los casos en que se encuentra procedente la ineficacia del traslado por falta de información, es totalmente aplicable al caso que ahora ocupa la atención de la Sala, si se tiene en cuenta que al declararse la nulidad del acto, conlleva los mismos efectos jurídicos que si nunca se hubiere efectuado, razón por la cual, las cosas deben retornar a su estado inicial.

Por tanto, Porvenir S.A., debe entregar a Colpensiones, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, así como los gastos de administración y las comisiones; obligación situación que ya ha cumplido, como se verifica con el documento del archivo 16.

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.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de enero 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 de la *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

Radicación n.º 110013105 021 2021 00058 01.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
021 2021 00058 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 021 2022 00120 01
DEMANDANTE: DIANEY RODRÍGUEZ VALENCIA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Visto el memorial de sustitución de poder allegado en esta instancia por la apoderada general de la parte demandada (archivo 4), se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. GIOMAR ANDREA SIERRA CRISTANCHO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.022.390.667 y T.P. No. 288.886 del C.S. de la J.

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 Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de febrero de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 1 de febrero de 1997 a través de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y sus posteriores traslados. En consecuencia, se ordenó a Colfondos S.A. a trasladar la totalidad de los valores recibidos por su afiliación, incluyendo

rendimientos, dineros destinados para la garantía de pensión mínima, y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, a Colpensiones; y a esta última, aceptar el traslado y recibir la totalidad de las sumas trasladadas. Así mismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita* y, al pago de costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 4 de julio de 1961; inició su vida laboral en mayo de 1986, cotizando como trabajadora privada al régimen de pensiones administrado por el ISS, hoy Colpensiones. Posteriormente se vinculó como servidora pública en la Rama Judicial, quedando afiliada a Cajanal, hasta septiembre de 1995. Indica que el 1 de febrero de 1997, cuando ingresó nuevamente a la Rama Judicial, se afilió al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., cuando le entregaron un formulario en la Oficina de Recursos Humanos de la Dirección Ejecutiva Seccional, sin mediar ningún tipo de asesoría. Posteriormente se trasladó a la AFP BBVA Horizonte, hoy Porvenir y, luego a Colfondos S.A., en donde se encuentra actualmente afiliada. Asegura que ninguno de los fondos de pensiones le informó sobre las diferencias entre los sistemas, consecuencias o efectos de los rendimientos financieros; omitiendo el deber legal de informar de manera clara, suficiente, eficaz, completa, oportuna y comprensible sobre las reales implicaciones que tendría la decisión de trasladarse. Siempre ha efectuado sus aportes de manera regular y sin queja alguna, sin recibir en los extractos el monto de su eventual pensión, ni del ahorro adicional que debe hacer para pensionarse en mejores condiciones económicas. Ante solicitud elevada a Colfondos, se le realizó una proyección pensional arrojando como *“mesada a la fecha actual para una pensión”* la suma de \$860.000 (expediente digital, archivo 01 fls. 4 a 35).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la fecha de afiliación y cotizaciones al ISS. Manifestó que los restantes no le constan o no son hechos. 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, archivo 07 fls. 3 a 40).

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, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; que el demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; que durante su vinculación como afiliado de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (expediente digital, archivo 09 fls. 2 a 29).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la afiliación de la demandante y la respuesta a la petición. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación 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 al amparo de la

normativa vigente para la época 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 actora no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, carpeta 11 fls. 4 a 19).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 7 de febrero de 2023 (expediente digital, archivo 19), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora DIANEY RODRÍGUEZ VALENCIA al régimen de ahorro individual el 1 de febrero de 1997, con fecha de efectividad el 2 de febrero de la misma anualidad, por intermedio de PORVENIR S.A., quedando por sustracción de materia, ineficaz también los traslados realizados a HORIZONTE, HOY PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la señora DIANEY RODRÍGUEZ VALENCIA por motivo de gastos, de comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, a partir del nacimiento del acto ineficaz y durante el tiempo de permanencia de la demandante con dicho fondo con cargo a sus propios recursos y utilidades.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. -ultimo fondo al que se encuentra actualmente afiliada la demandante- a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado horizontal de fondo de la demandante, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros 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 el traslado horizontal 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 de la señora DIANEY RODRÍGUEZ VALENCIA. 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.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS DE ESTA INSTANCIA a las demandadas y a favor de la demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de PORVENIR S.A., la suma de \$300.000 a cargo de COLPENSIONES y 300.000 a cargo de COLFONDOS S.A.

SÉPTIMO: CONSULTAR esta decisión con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito de Bogotá D.C., en favor de los intereses de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada oportunamente.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, suficiente y oportuna sobre cada uno de los regímenes, características, condiciones, acceso a servicios, ventajas y desventajas y, consecuencias jurídicas del traslado, que le permitiera a la accionante tomar una decisión plenamente informada sobre el cambio de régimen pensional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y Porvenir recurrieron la decisión.

Colpensiones manifestó que con la simple suscripción del formulario de vinculación en el año 1997 se verifica la intención de la demandante de estar en el régimen de ahorro individual con solidaridad, y lo ratifica posteriormente con los traslados horizontales. La aquí accionante está próxima a pensionarse, por lo que su traslado afecta la equidad, ya que el sistema está construido sobre la base de afiliaciones, sin que el traslado de los valores que están el RAIS cubra el porcentaje que debe aportar la Nación en el régimen de prima media. A la actora no le asiste derecho a retornar al régimen de prima media, al tener menos de 10 años para adquirir la categoría pensional; por lo que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Existe una indebida y errónea interpretación del artículo 1604 del Código Civil, ya que es el afiliado el que debe al fondo la realización de sus aportes y solo hasta que se pensiona se invierten las partes, entendido como el deber de la información a cargo del afiliado, por lo que a la administradora solo le correspondía acreditar el formulario en ese momento. Debe tenerse en cuenta que en este caso se trató de una elección de régimen y no traslado.

Asimismo rechaza la condena en costas, como quiera que Colpensiones no tuvo injerencia al momento de la suscripción del formulario de vinculación a la AFP de la demandante.

La AFP Porvenir S.A. arguye que para la época del traslado de la actora, no se le exigía tener documentación adicional al formulario de vinculación, para demostrar la asesoría. La demandante no puede alegar su propia culpa, pues contaba con las capacidades suficientes para informarse sobre el régimen al que se estaba afiliando. No se encontraba afiliada al ISS sino a Cajanal previo a la vinculación con Porvenir, ejerciendo su derecho a escogencia de régimen solo hasta el año de vinculación con la AFP, pues antes era de disposición legal, por lo que no se puede imponer los efectos jurídicos que acarrea la ineficacia, ya que no existió un traslado de régimen. Se opuso a la condena por traslados de gastos de administración y seguros previsionales, por cuanto no corresponden a dineros destinados a financiar la pensión de la demandante.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la 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 actora estuvo afiliada y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 8 de mayo de 1986 al 6 de julio de 1988 (expediente digital, archivo 07 fls. 42 a 44) y, del 16 de mayo de 1992 al 1º de septiembre de 1995 estuvo vinculada a Cajanal (expediente digital, archivo 14); migró al RAIS el 1º de febrero de 1997, a través de la AFP Porvenir, mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, archivo 09 fl. 67); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP BBVA Horizonte (hoy Porvenir) el 13 de enero de 2006 (expediente digital, archivo 09 fl. 66 y 71) y, finalmente a Colfondos, a partir del 25 de abril de 2013 (expediente digital, documento 11, fl. 134).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que no ha solicitado reconocimiento pensional. Inicialmente en el año 86 cotizó en el seguro social, en 1992 empezó a trabajar en la Rama Judicial por lo que le cotizaban a Cajanal. En 1996 quedó por fuera y, en 1998 se vinculó nuevamente y al presentar los papeles para vinculaciones, le entregaron unos formularios, los llenó y los dejó en el registro de la Rama Judicial, así quedó afiliada a Porvenir. Para ese diligenciamiento no estaba presente ningún asesor del fondo de pensiones. Para la fecha de afiliación no sabía los requisitos para pensionarse con Cajanal. La persona que le entregó el formulario no le brindó ninguna información. Se vinculó al régimen privado porque esos fueron los formularios que le entregaron y no se preocupó por eso. A horizonte se trasladó porque, trabajando en la Rama Judicial, pusieron unos stands de fondos de pensiones y le ofrecieron algunos beneficios, le dijeron que el seguro social se iba a acabar y las aseguradoras privadas daban más beneficios, le preguntó a una asesora si podía recogerle todas las semanas y le dijo que sí y por eso se cambió, pero no tuvo más información. Cree que sí le llegaban los extractos. No tiene claridad de la finalidad el capital del monto ahorrado. A Colfondos se trasladó porque un asesor se acercó a cada despacho ofreciendo mejores beneficios, rendimientos, recogían semanas, y les dijo que se podrían pensionar a cualquier edad y por eso se pasó a esta AFP. Aparte del formulario no le dieron más información. No se le informó sobre la edad

máxima para trasladarse de régimen y, se quiere trasladar porque estudió derecho y se dio cuenta que podría tener un mejor beneficio de pensión en el público.

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que*

genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.» (CJS SL 5686-2021).

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

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. administradora a la que se encuentra actualmente 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). Por tanto, la sentencia se confirmó en esta parte.

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras 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 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 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.

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

anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

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

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 Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de febrero de 2023, en el sentido de indicar que la condena allí impuesta, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos también deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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 ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

021 2022 00120 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 022 2018 00312 01
DEMANDANTE: LETICIA SOPO PRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril 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 Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de julio de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, a partir del 20 de septiembre de 2017, debidamente actualizada; el retroactivo; intereses moratorios; lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 12 de julio de 1960, cumpliendo los 57 años de edad, el mismo día y mes del año 2017. Se encuentra afiliada al fondo de pensiones obligatorias administrado por Protección S.A., y ha cotizado más de 1290 semanas. El 20 de septiembre de 2017, radicó la documentación necesaria para el reconocimiento y pago de su **pensión** de vejez, petición reiterada el 20 de febrero de 2018, sin que le haya sido reconocida (expediente digital, archivo 2018-312, fls. 43 a 47).

Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora, el cumplimiento de los 57 años de edad, la afiliación al fondo y, la petición del 20 de febrero de 2018. Manifestó que los demás hechos no son ciertos. Formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe e, improcedencia de intereses moratorios. Argumentó en su defensa que la demandante no logra acreditar el capital a que hace referencia el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, para tener derecho a la pensión solicitada, sin que el cumplimiento de la edad y semanas cotizadas, sean indicativo *per se* de un reconocimiento pensional en el RAIS. La actora no ha cumplido con su deber de diligenciar y acreditar la información respectiva, lo que se ha requerido por la accionada, impidiéndole continuar con el trámite respectivo, en especial, lo relacionado con el bono pensional, indispensable para la consolidación del capital (expediente digital, archivo 2018-312 fls. 81 a 93).

La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público al dar respuesta a la demanda, se opuso a todas las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento y edad de la actora y, su afiliación al RAIS y; manifestó que no le constan los demás. En su defensa, argumentó que la AFP no ha solicitado en nombre de la afiliada demandante el reconocimiento de la garantía de pensión mínima ante la oficina de bonos pensionales - OBP, lo cual debe ser autorizado por el beneficiario, mediante la aprobación de la liquidación provisional que la AFP le presente; procedimiento que no ha ocurrido (expediente digital, archivo 2018-312 fls. 221 a 230).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de julio de 2021, resolvió¹:

PRIMERO: CONDENAR a Protección S.A al reconocimiento y pago de la pensión mínima de vejez a favor de la señora Leticia Sopo Prada a partir del 12 de julio de 2017, conforme se indicó en la parte motiva de esta providencia.

¹ Expediente digital, carpeta: videos.

SEGUNDO: ORDENAR a Protección, a que, de manera inmediata, inicie el trámite ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que éste garantice la financiación de la pensión mínima de vejez, una vez se agoten todos los recursos de la cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a Protección al reconocimiento y pago favor de la señora Leticia Sopo Prada de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 20 de enero de 2018 y hasta cuando se efectúe su pago; dineros que no podrán ser descontados de la cuenta de ahorro individual, como tampoco podrán ser reclamados ante la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

CUARTO: ABSOLVER a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

QUINTO: CONDENAR en costas a Protección. Para efectos que se tenga en cuenta en la liquidación de costas, como agencias en derecho se fija la suma de 2 SMLMV.

Como sustento de su decisión, señaló que la parte actora cumple a cabalidad con los requisitos necesarios para hacerse beneficiaria del derecho a la pensión mínima prevista en el régimen de ahorro individual, como quiera que ya llegó a los 57 años de vida, y cuenta con más de 1150 semanas, con capital inferior al mínimo de ahorro exigido. En cuanto al bono pensional, manifestó que la parte actora deberá exteriorizar su conformidad con la liquidación pensional presentada para efectos de continuar con el proceso de emisión, para que haga parte integrante de su cuenta de ahorros. Finalmente, indicó que el reconocimiento pensional debió tener lugar desde el 12 de julio de 2017, la solicitud se elevó el 20 de septiembre siguiente y, el fondo contaba con 4 meses para proceder al reconocimiento pensional, causándose los intereses moratorios.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la AFP demandada Protección S.A., adujo que en ningún momento ha negado la prestación económica a la demandante, actuando de manera diligente para realizar todo el proceso relacionado; no obstante, la actora no ha sido diligente con la continuación del trámite, ni ha atendido las solicitudes realizadas, lo que imposibilita a la AFP a proceder con el reconocimiento de la pensión. Asimismo, indica que la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es quien autoriza el pago de garantía de pensión mínima, lo que se hace imposible

sin el diligenciamiento de los formatos y la continuidad de la demandante, por lo que tampoco proceden los intereses moratorios.

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 en el presente asunto la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la garantía de pensión mínima, pues el juzgado determinó que ésta no reúne el capital necesario para acceder a la pensión de vejez, mientras que la AFP asegura que es imposible proceder al reconocimiento, hasta tanto la demandante dé continuidad al trámite.

De conformidad con lo dispuesto artículo 64 de la ley 100 de 1993 *“Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar”*.

A su vez, el artículo 65 ibídem, dispone que los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la citada ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión. Además, a efectos de contabilizar las semanas se dará aplicación a lo previsto en el artículo 33 de la misma norma y será la administradora o aseguradora la encargada de tramitar la garantía de pensión mínima de su afiliado (Art. 83 Ley 100 de 1993).

Paralelamente, frente al reconocimiento de la garantía de pensión mínima los artículos 4º y 7º del Decreto 832 de 1996, compilado en el Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, establecen en su orden lo siguiente:

Artículo 4º. RECONOCIMIENTO DE LA GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA. Corresponde a la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el reconocimiento de la garantía de pensión mínima, acto que se expedirá con base en la información que suministre la AFP o la aseguradora, entidades a las cuales, de acuerdo con el artículo 83 de la Ley 100 de 1993, les corresponde adelantar los trámites necesarios para que se hagan efectivas las garantías de pensión mínima.

Artículo 7º. FINANCIACIÓN DE LA PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL. En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la Pensión Mínima de Vejez se financiará con los recursos de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los aportes voluntarios si los hubiere, con el valor de los bonos y/o títulos pensionales cuando a ello hubiere lugar y, cuando éstos se agotaren, con las sumas mensuales adicionales a cargo de la Nación.

La misma norma regula en su artículo 9º que si un afiliado reúne los requisitos previstos en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, pero no puede acceder a una pensión de vejez porque el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual con la inclusión del bono pensional es insuficiente, iniciará los pagos mensuales de la respectiva pensión con cargo a la cuenta de ahorro individual, previo reconocimiento de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público del derecho a la garantía de pensión mínima.

Sobre el particular, la Corte suprema de Justicia en sentencia SL 4531 de 2020 señaló:

“De lo expuesto, se colige que: (i) la garantía de pensión mínima causada en favor de un afiliado, se financia con el capital obrante en la cuenta de ahorro individual y con los recursos que suministra La Nación en virtud del principio de solidaridad; (ii) a partir de la información que suministre el fondo privado y con sustento en el principio de solidaridad, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público reconoce el capital faltante para la prestación, esto es, la garantía de pensión mínima; (iii) la encargada de gestionar la concesión de tal prerrogativa ante la cartera ministerial, es la administradora de fondos de pensiones en representación del asegurado; y (iv) una vez esta cumple con los requisitos para acceder a la garantía, la entidad pensional debe comenzar el pago con cargo a los recursos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, y al agotarse, La Nación

concorre con los que faltan para subvencionarla según lo establecido en el artículo 9.º del Decreto 832 de 1996”

En el asunto puesto en consideración de la Sala, la demandante nació el 12 de julio de 1960, según se verifica de la cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento (fls. 34 y 35 expediente digital), por tanto, alcanzó 57 años de edad el 12 de julio de 2017 y, acumula 1.290,58 semanas cotizadas (fls. 99 a 109, expediente digital), con lo cual resulta claro que acredita los requisitos para hacerse merecedora al pago de la garantía de pensión mínima, tal como acertadamente concluyó el Juzgado.

De conformidad con lo anterior, se tiene que la demandante, habiendo cumplido los 57 años de edad, y cotizado más de 1.150 semanas, no alcanzó a completar el capital mínimo requerido para generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, pues según su historia laboral generada el 9 de noviembre de 2018², y el bono provisional emitido por el Ministerio de Hacienda³, contaba con un capital de \$25'898.032 en su cuenta de ahorro individual, más un bono por tiempo de servicios por \$49'445.397, para un total de \$75'343.429; lo que según se desprende del cálculo visible a folio 145, resulta claramente inferior al capital mínimo necesario para el reconocimiento de la pensión.

Puestas las cosas de esta manera, resulta claro que es procedente reconocer la prestación desde el 12 de julio de 2017, data en la que se configuraron los requisitos previstos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, como lo encontró la juez de primera instancia y, en este sentido, habrá de confirmarse la decisión.

Importa destacar, que si bien la accionante no se acercó a firmar los formatos requeridos para continuar con el trámite, era función de la administradora continuar con el trámite requerido para la prestación, sin que su actuar omisivo la libere de la obligación de reconocer la garantía de pensión mínima desde el momento en que la misma se causó, pues

² Fl. 99

³ Fls. 237 a 238

además del capital de la cuenta individual, tiene a su disposición recursos del bono pensional.

En lo referente a la obligación de reconocimiento de la pensión en cabeza de la administradora de fondos de pensiones, cuando se deba acudir a la garantía de pensión mínima, así como la de llevar a cabo las gestiones para el reconocimiento por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de tal beneficio, el artículo 21 del Decreto 656 de 1994, por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones, dispone que estas entidades deben pagar una pensión provisional con cargo a la cuenta de ahorro individual del respectivo afiliado.

Además, el deber de las entidades administradoras del RAIS deviene del ejercicio de la responsabilidad procesal que deriva del artículo 48 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 20 del Decreto 1513 de 1998, según el cual es a las administradoras de fondos de pensiones a quienes corresponde ejercer todas aquellas acciones encaminadas a completar el capital de la cuenta de ahorro individual de sus afiliados, como las que tienen que ver con la emisión de los bonos pensionales (CSJ, sentencia SL4501 de 17 de julio de 2013).

Bajo estas precisiones, y en armonía con el artículo 2º del Decreto 142 de 2006, es claro que la entidad demandada debe efectuar el pago de la pensión mínima a la demandante con los recursos de la misma cuenta de ahorro individual de esta, y debe gestionar a la vez ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público lo concerniente a la garantía de la pensión mínima de vejez, en los términos de los Decretos 832 de 1996 y 142 de 2006 mientras efectúa el pago de la prestación.

De conformidad con lo expuesto es claro que el Ministerio de Hacienda tendrá a su cargo el financiamiento de la prestación, previo el trámite administrativo que deberá surtir la AFP.

De los intereses moratorios

Por otra parte, dispone el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que a partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

En ese sentido, se causan intereses moratorios a cargo de la entidad obligada al pago de la pensión, cuando ésta se ha tardado en la solvencia de la mesada, o cuando hay una solución tardía en el reconocimiento de la pensión, para lo cual debe tenerse en cuenta el período de gracia que le concede el artículo 4º de la Ley 700 de 2001, modificado por el inciso final del párrafo 1º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que pasó a ser de cuatro (4) meses contados a partir de la fecha de radicación de los documentos necesarios para resolver las solicitudes prestacionales.

En el asunto de marras la promotora del juicio, solicitó la devolución de saldos el 8 de septiembre de 2017 (fl. 161). El 28 de septiembre siguiente, se acusa recibido por la AFP de la solicitud de prestación de vejez, en donde se le indica que se ha dado inicio a su solicitud de la prestación de vejez, de radicado 20 de septiembre de ese año (fl. 125 a 129, expediente digital). De folios 139 a 141, obra formato de aprobación de la historia laboral, de esa misma data, en donde la demandante hace la anotación de faltar información del Ministerio de Salud, allegando los certificados correspondientes de esa entidad. El 20 de febrero de 2018, radica nueva petición en donde indica que cumple todos los requisitos y ha entregado los documentos requeridos (fl 39). De folio 133 a 135, obra declaración juramentada de la actora para devolución de saldos- vejez.

De folios 165 y ss, obran comunicaciones entre entidades, donde se desprende que de la historia laboral en la página de la OBP la afiliada registra como pensionada por vejez por el IDEMA, empero ello obedeció a que recibió mesadas en calidad de curadora de Alcira Sopo Silva, lo que

impidió continuar con el proceso, hasta tanto fuera corregida dicha inconsistencia.

El 16 de abril de 2018, Protección S.A. comunica a la actora que la corrección ha sido efectuada y se le requiere la firma del formato de emisión adjunto, para activar la emisión de su bono pensional (fl. 189). Mediante comunicación del 2 de mayo se le indica el trámite para continuar con la emisión del bono (fl. 191 a 195). El 9 de mayo de 2018, la accionante solicita la emisión del bono (fl. 199), obteniendo respuesta el 28 de mayo de 2018, en donde se le indica que su historia laboral ya quedó reconstruida y, reiterándole que se encuentra pendiente la firma de los formatos de aprobación de la historia laboral, emisión del bono y liquidación de la historia laboral generada desde la oficina de bonos pensionales, para poder seguir con el trámite de la gestión del bono y, que una vez finalice dicha etapa, pasará a análisis y se podrá definir la prestación a que haya lugar (fl. 201). El 9 de octubre de 2018, se le remite comunicación a la actora en la que se requiere nuevamente la revisión y aprobación de su historia laboral, para poder definir la prestación (fl. 203).

Mediante comunicación del 2 de mayo de 2018 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de su oficina de Bonos Pensionales, informó a la demandante sobre la corrección de su historia laboral, en el sentido de inhibir el control de indicio de pensión y le indicó el trámite a seguir para la liquidación y emisión de su bono pensional. En este sentido, le indicó que debía: *i)* solicitar a la AFP la liquidación provisional del bono, *ii)* verificar que la historia laboral se encuentre correctamente, para posteriormente autorizar la emisión del bono pensional tipo A, *iii)* una vez de acuerdo con la nueva liquidación, autorizar por escrito a la AFP la solicitud de la emisión del bono y, *iv)* solicitado el bono por la AFP y verificado que se encuentre emitible, se procedería a su emisión (fl. 241 a 243).

Así mismo, de folios 237 a 238, se observa la liquidación provisional del bono pensional de la actora; estado este que según dispone el inciso 9º

del artículo 52 del Decreto 1748 de 1995 no constituye una situación jurídica consolidada.

Es así como se tiene que, la accionante no ha procedido al trámite que le corresponde para manifestar a la AFP estar de acuerdo con la historia laboral que ha expedido Protección S.A., pese a los múltiples requerimientos que la administradora le ha efectuado, pues no fue allegado al proceso documento alguno del que pueda desprenderse que continuó con el trámite, más allá de sus peticiones, lo que se corrobora con su dicho al absolver interrogatorio de parte, donde al preguntársele si ha recibido comunicado de la AFP donde se le informaba que debía continuar y radicar el trámite de su pensión, afirma que sí, pero que ha hecho caso omiso.

Siendo ello así, resulta evidente entonces que la actora no ha aprobado la liquidación provisional para que su administradora continuara con el trámite pertinente para obtener la emisión y redención del bono pensional.

Así las cosas, aun cuando los intereses moratorios en principio son procedentes por el retardo en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales a la luz del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe recordarse el criterio jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia, según el cual existen eventos justificativos de la omisión del reconocimiento pensional; en este sentido, en sentencia SL787 de 6 diciembre de 2013, Rad. 43602, indicó:

“La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar

la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras”.

Bajo este criterio, al advertirse un apego estricto y aplicación minuciosa de la legislación, pues no puede olvidarse que conforme lo dispone el artículo 2.2.16.7, del Decreto 1833 de 2016, los beneficiarios de los bonos Tipo A deben manifestar por escrito su aceptación al valor de las liquidaciones provisionales realizadas con base en la historia laboral, de manera previa a su emisión; por ende, pese a que procedía el reconocimiento pensional, la accionada consideró actuar bajo el amparo de la ley, bajo el argumento que la promotora del juicio faltó al deber que le impone la normatividad vigente, al no atender los requerimientos realizados por la administradora para verificar su historia laboral y de ser el caso, aceptarla expresamente, para de esta manera, autorizar como corresponde a la AFP a solicitar la emisión del bono pensional necesario para el reconocimiento de su prestación prevista en el artículo 65 de la ley 100 de 1993; decisión que aunque no comparte la Sala, por las razones que han quedado expuestas, se muestra atendible en orden a la absolución en la imposición de intereses de mora, por ello en este punto se revocará 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,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 15 de julio de 2021 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., para en su lugar, **ABSOLVER** a la AFP Protección S.A., del pago de los intereses moratorios.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: No se causan costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



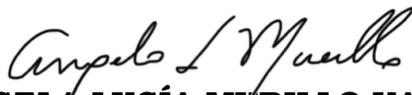
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

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 023 2019 00684 01
DEMANDANTE: ALFONSO ESPITIA RODRÍGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES.
LITISCONSORCIO
NECESARIO: CRISTALERÍA PELDAR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de agosto de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende la pensión especial de vejez a partir de 31 de marzo de 2016; las mesadas causadas incluidas las adicionales; intereses de mora; costas y; lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 31 de marzo de 1965. Prestó sus servicios a la empresa Cristalería Peldar S.A., mediante contrato de trabajo a término indefinido, del 26 de abril de 1985 al 17 de abril de 2008, por un total de 22 años, 11 meses y 22 días, en actividades de alto riesgo; desempeñando los cargos de: **i)** Labores Varias, del 26 de abril de 1985 al 19 de octubre de 1986, **ii)** Selector Varios, del 20 de octubre de 1986 al 20 de noviembre de 2002, y **iii)** Portero Celador por prescripción médica, del 21 de noviembre de 2002 al 16 de abril de 2008.

Manifiesta que cotizó a Colpensiones desde el 29 de abril de 1985 (sic), por intermedio de su empleador, un total de 1571 semanas.

Que en cumplimiento de sus funciones, estuvo expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas, pues la fabricación de vidrio, actividad económica de su empleadora, está clasificada como de alto riesgo, por cuanto la diversidad de materias primas utilizadas son altamente cancerígenas y representan contingencia para la salud de los trabajadores, como lo demuestran los múltiples estudios traídos a colación en el libelo.

El proceso de producción en donde debió cumplir sus funciones, se realiza en un mismo ambiente de trabajo, sin que existan zonas aisladas, o se empleen mecanismos de extracción que impidan la contaminación ambiental de un puesto de trabajo a otro; además en la planta se destaca la ausencia de separación, aislamiento y encerramiento del lugar; encontrándose el trabajador en exposición ambiental ocupacional, de manera directa o indirecta, al estar expuesto a los polvos provenientes del proceso de fabricación de vidrio, por lo que ocasionalmente le fue suministrado como elemento de protección respiratoria: *“BALLETILLA ROJA O DULCE ABRIGO Y MASCARILLA 3M SIMPLE O SENCILLA SIN FILTROS PARA MATERIAL PARTICULADO O VAPORES Y GASES”*.

En cuanto a las consecuencias de la exposición ocupacional indirecta, con el asbesto y la sílice cristalina en la empresa Cristalería Peldar, trae a colación varios casos de ex trabajadores compañeros del actor.

El 18 de enero de 2018 solicitó a Colpensiones la pensión especial de vejez, pero le fue negada mediante Resolución SUB40913 de 2018, decisión contra la cual interpuso recurso de reposición en subsidio apelación, los cuales fueron resueltos confirmando la decisión inicial. El 28 de agosto de 2018 presentó reclamación administrativa (fls. 4 a 42).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento del actor, su prestación de servicio a Cristalería Peldar S.A., las cotizaciones efectuadas, la resolución que negó la prestación, los recursos interpuestos y los actos administrativos que los resolvieron. Frente a los demás manifestó que no le constan, no son ciertos o no son hechos. Formuló las excepciones de carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y la obligación reclamada, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y las demás declarables oficiosamente. Argumentó en su defensa que no a todos los trabajadores de una empresa catalogada como de alto riesgo les es aplicable lo establecido por el Decreto 2090 de 2003, en cuanto no todos desarrollan este tipo de actividades, por lo que resulta indispensable al momento de solicitar el reconocimiento de la pensión especial, allegar el certificado laboral que dé cuenta de la actividad de alto riesgo desempeñada, funciones, tiempo, y periodos de cotizaciones especiales; certificación que no obra en el presente caso, como tampoco las cotizaciones especiales. Finalmente afirma que el demandante no cumplió con la carga probatoria para comprobar los requisitos exigidos en la ley para la prestación solicitada (fls. 605 a 618).

En audiencia de 11 de noviembre de 2020, se dispuso la vinculación de la empresa Cristalería Peldar S.A.¹; quien también rechazó los pedimentos. Frente a la situación fáctica admitió la fecha de nacimiento del actor, la vinculación contractual laboral, las cotizaciones a cargo del empleador, y las resoluciones que negaron la prestación especial de vejez por parte de Colpensiones. Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia del derecho, prescripción, conciliación y cosa juzgada, cobro de lo no debido, compensación, buena fe y, la genérica.

Arguye en su defensa que la exposición a las materias primas no representa un riesgo para la salud de los trabajadores en la industria del vidrio, como lo ratifican las evaluaciones e informes técnicos. Que la gran mayoría de sustancias que el actor menciona en la demanda, no son utilizadas en el proceso de fabricación del vidrio y, si bien fue utilizado el

¹ CD. Fl. 699; Archivo 5: AUDIENCIA EXP. 023-2019-00684 -11 DE NOVIEMBRE 2020.

asbesto en el proceso productivo de vidrio plano, no es ni fue en sí mismo, un compuesto del vidrio, sino que se utilizó con poca regularidad en una parte muy específica de la cadena productiva de la cual no participó el demandante en ejercicio de sus funciones. El actor ejerció sus funciones en el área de selección de envases, con contacto con el producto terminado y, en la portería a la entrada de la planta. Aduce que para el reconocimiento de las pensiones especiales de vejez, las dependencias de salud ocupacional del ISS deben calificar en cada caso la actividad desarrollada previa investigación sobre su habitualidad, equipos utilizados y la intensidad de la exposición, la cual no obra en el expediente. No acepta las conclusiones de los estudios traídos por el actor, por cuanto, uno es un estudio cualitativo basado en entrevistas sin exámenes clínicos ni visita a la empresa y los demás no guardan relación directa con el demandante ni con los cargos que desempeñó al servicio de la empresa.

Finalmente, que en ejercicio de cada uno de los cargos que ocupó el actor no involucró el manejo o manipulación de las materias primas empleadas en el proceso productivo del vidrio y, nunca se vio expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas. El demandante no tiene derecho a la pensión especial de vejez solicitada, como quiera que no cumple con los requisitos establecidos en la legislación².

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de agosto de 2021, resolvió absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra e, impuso costas al demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que no pudo demostrarse que en la actividad desarrollada por el actor estuviera expuesto de manera permanente y absoluta a alguno de los riesgos que señala el Decreto 1281 del 1994, específicamente los referidos a sustancias comprobadamente cancerígenas que se alegan en la demanda; pues al verificarse los estudios de la planta de la entidad demandada aportados, si bien dan cuenta de la

² CD. Fl. 699; Archivo 8: CONTESTACIÓN DE DEMANDA CRISTALERÍA PELDAR SA RAD. 2019 00684.

existencia de material particulado sílice, estos son realizados de manera general y ninguno de ellos se realiza para el caso particular del accionante en los puestos donde prestó los servicios, sin que se demuestre que existió exposición permanente al material o a sustancias cancerígenas; no siendo posible derivar causación de una prestación pensional por causa de actividad de alto riesgo³.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte actora interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que pese a haber hecho un análisis de cada prueba, no se hizo de manera rigurosa un estudio atendiendo los parámetros de la contaminación generalizada por el uso de material particulado, concretamente la sílice, el asbesto y el carbón. Existe suficiente prueba donde se determina que la contaminación generalizada por un material particulado puede generar problemas de salud y de riesgo para los trabajadores, que las circunstancias pueden darse de manera directa o indirecta y, que efectivamente en todos los lugares de la empresa hay contaminación de este tipo, no solamente en la fuente que lo genera. El trabajador ejerció en sus primeros cargos el de labores varias, en virtud del que debía estar por todas las secciones de la planta, como lo dice la historia ocupacional; le correspondía hacer el aseo de las distintas partes y, no solamente se utilizaban escobas sino también se hacía con medios mecánicos que generaban mucha más exposición desde la contaminación por polvos. No necesariamente se debe demostrar que la contaminación es directamente relacionada con un tipo de sustancia, ni con un específico cargo, por cuanto el objetivo desde el inicio de la acción, está relacionado con la contaminación generalizada por material particulado, que por sus condiciones presentadas en la naturaleza, contaminan a todo el conglomerado dentro de un centro de producción, como es el de la planta de Cogua donde desempeñó las labores el demandante; por lo que estuvo expuesto durante los 22 años de trabajo, en un centro de producción altamente contaminado por material particulado como es la sílice, el asbesto y el carbón.

³ CD. Fl. 699; Archivo 27: Reunión-20210810_134405-Meeting Recording – 10 AGOSTO 2021

IV. CONSIDERACIONES

Quedó demostrado que el demandante prestó sus servicios para Cristalería Peldar S.A., del 26 de abril de 1985 al 16 de abril de 2008, en la planta de Cogua, Cundinamarca, periodo en el cual se desempeñó en los cargos de **i) Labores Varias**, del 26 de abril de 1985 al 19 de octubre de 1986, **ii) Selector Varios**, del 20 de octubre de 1986 al 20 de noviembre de 2002 y, **iii) Portero Celador**, del 21 de noviembre de 2002 al 16 de abril de 2008; los dos primeros cargos los desempeñó en el área de Selección Envases y, el último en el área de Portería o entrada a la planta, así como con desplazamientos por la misma. Así se desprende del contrato de trabajo⁴, del acta de terminación del vínculo contractual por mutuo acuerdo (fls. 69 a 72), así como, del documento de historia ocupacional (fls. 59 a 61).

Así mismo, de la referida historia ocupacional se verificó que en ejercicio de dichos cargos, desempeñó las siguientes funciones:

- i) Labores Varias:** era responsable por la ejecución de trabajos sencillos como ayudante de otros o tareas específicas de aseo, limpieza, movimiento de materiales, realizado con las manos, escobas, traperos, papel, movimiento de cajas, etc.
- ii) Selector Varios:** era responsable por la correcta selección y empaque de producción, garantizando que la producción empacada reuniera las características de calidad, tolerancias y especificaciones requeridas por el cliente, lo que implica armar cajas con avisperos, revisar y seleccionar la producción, calibrar, desechar la imperfecta, empacar la que llene los requisitos exigidos, pegar cajas, tiquetarlas, colocarlas en conveyor o arrumarlas, visual y manualmente; y
- iii) Portero Celador:** prestando el servicio de vigilancia que comprende la protección de bienes e inmuebles y de personas naturales que tengan relación con la empresa, llevar los controles de portería sobre

⁴ CD. Fl. 699; Archivo 22: PRUEBAS 1.1. A 1.3.; fls. 1 a 4

entrada y salida de cartón, canasta, materias primas, etc, envases urbanos, nacional entrada y salida de buses del personal, controlar la movilización de herramientas, equipos, materias primas, con la respectiva planilla o autorización, atender las llamadas telefónicas tanto internas como externas que se presenten en portería, revisar paquetes, maletas, bolsas que ingrese o salga de la planta, realizar vigilancia, observando e informando cualquier anomalía o novedad que se presente en los equipos, instalaciones, materias primas y productos terminados.

El señor Alfonso Espitia Rodríguez nació el 31 de marzo de 1965, según se observa de la copia de su cédula de ciudadanía y del registro civil de nacimiento (fls. 43 y 44); no siendo beneficiario de ningún régimen de transición, pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con 40 años de edad ni con 15 años de servicios cotizados.

Determinado lo anterior, 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.

De la pensión especial de vejez.

Corresponde a la Sala determinar si el demandante estuvo permanentemente expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas, durante su vinculación contractual laboral con Cristalería Peldar S.A., en los cargos de Labores Varias, Selector Varios y Portero Celador, circunstancia que le permitiría acceder a la pensión especial prevista en el Decreto 2090 de 2003 y, de contra, superados los requisitos legales, el reconocimiento de la pensión especial de vejez.

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.

A su vez, el artículo 2 *ibidem*, dispone:

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:

(...)

4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas

(...)

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, 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 artículo 4 señala como actividad de alto riesgo, la exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas, sin exigir una tarifa o establecer un porcentaje tolerable permisible, lo cierto es que la lectura de la norma debe hacerse de manera armónica y completa. En consecuencia de conformidad con el artículo primero esa exposición debe implicar *«la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo»*.

Pues bien, afirma el accionante que durante su vinculación laboral con Cristalería Peldar S.A., estuvo expuesto a una contaminación generalizada del ambiente de trabajo dentro de la Planta de Cogua, lugar en donde prestó sus servicios. Para el efecto, allegó certificación de Seguros Bolívar en la que se indica que la empresa se encuentra afiliada a riesgos laborales (fl. 74) y, una comunicación de correspondencia interna del 28 de septiembre de 1987, en donde se resalta el uso de mascarilla protectora para manejo de asbesto (fl. 75).

Asimismo aportó los siguientes estudios: *i)* “Estudio ambiental de polvo” de 1988 (fl. 78 a 97); *ii)* “Materia prima utilizada en Peldar y su relación con la salud obrera en general y el cáncer en particular”, desarrollado entre septiembre de 1991 y abril de 1992 (fl. 109 a 128); *iii)* “Organización del sistema de vigilancia epidemiológica en empresas con riesgo de silicosis” de 1991 (fls. 134 a 193); *iv)* “Estudios de polvo, ruido y temperaturas”, de septiembre de 1992 (fls. 199 a 215); *v)* “Estudio de polvos”, de 1994 (fls. 216 a 232); *vi)* “Informe de evaluaciones ambientales de material particulado”, de diciembre de 1996 (fls. 233 a 256); *vii)* “Concepto salud ocupacional”, de septiembre 13 de 1994 (fls. 262 a 265); *viii)* “Informe de evaluaciones ambientales de contaminantes químicos – material particulado”, de marzo de 2001 (fls. 297 a 313); *ix)* “Informe de evaluaciones de material particulado, sílice y humos de soldadura”, de septiembre de 2003 (fls. 343 a 370); *x)* “Informe de evaluaciones ambientales de contaminantes químicos”, de noviembre de 2005 (fls 377 a 416); *xi)* Monografías sobre la evaluación de los riesgos carcinogénicos para los humanos, de la OMS (fls 417 a 422); *xii)* artículo sobre la eliminación de las enfermedades relacionadas con el amianto, de la OMS (fls. 423 a 426); *xiii)* “Evaluación de sílice” de mayo de 2012 (fls. 429 a 441); y *xiv)* “Evaluación de fibras respirables de asbesto en el ambiente ocupacional” (fl. 442 a 450).

Igualmente, tanto por la parte demandante como por la demandada Cristalería Peldar S.A., se allegaron informes de evaluaciones de humo de soldadura; de compuestos químicos – pnos y humos de soldadura; de aerosoles sólidos – pnos respirable e inhalable y; ambientales de material

particulado – dióxido de silicio; tomados de los estudios de higiene industrial de los años 2003, 2004, 2005 y 2011; (fls.371 a 376 y 427 a 428); informes de espirometrías, de octubre de 2000 (fls. 266 a 281), junio de 2001 (fls. 282 a 296), mayo de 2003 (fls. 314 a 327) y, noviembre de 2003 (fls. 238 a 342)⁵. Y por la empresa accionada se allegó también manual de agentes carcinógenos⁶; y monografías sobre la evaluación de los riesgos carcinogénicos para los humanos, de la OMS⁷.

Importante entonces resulta precisar que, por el hecho que la empresa empleadora esté clasificada en el sistema de riesgos profesionales, bajo el riesgo principal IV (fl. 74), no es posible deducirse de facto, que todos sus trabajadores desempeñen actividades de alto riesgo, toda vez que el Decreto 2090 de 2003 hace referencia a la afectación en la salud del individuo, en razón a las labores específicas que desarrolla, mas no simplemente por la actividad económica de la empresa.

Así lo ha explicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples sentencias, indicando que en cada caso deberá acreditarse la exposición y valorarse la situación particular del trabajador (CSJ SL10031-2014, SL17123-2014, SL14027-2016, SL7861-2016, SL925-2018, SL2136-2019). En sentencia CSJ SL11248-2015, explicó:

[...] Así lo ha considerado esta Sala de la Corte, que en sentencia CSJ SL 3963 – 2014, en un proceso contra la misma empresa Monómeros Colombo Venezolanos, precisó:

Si bien el Tribunal no se refirió a este documento, no se puede inferir de su contenido que el actor tenga derecho a la pensión especial de vejez, pues de acuerdo a la preceptiva legal que rige el asunto que ahora se estudia, aquél debió haber laborado o manipulado sustancias cancerígenas, resultando inane cualquier consideración sobre la calificación o categoría que en materia de riesgos merezca una empresa. La exposición a las sustancias dañinas referidas debe encontrarse demostrada, no de otro modo puede un trabajador hacerse acreedor al derecho pensional deprecado.

En otras palabras, las reglas aplicables a la clasificación de una determinada empresa dentro de las clases de riesgo identificadas por el

⁵ CD. Fl. 699; Archivo 23: PRUEBAS 1.4. A 1.13_

⁶ Fls. 41 a 43, ibídem.

⁷ CD. Fl. 699; Archivo 24: PRUEBAS 1.14. A 1.16_

Sistema General de Riesgos Profesionales, hoy laborales, no puede confundirse con el hecho de que un trabajador desarrolle efectivamente alguna de las labores que la ley califica como de alto riesgo.

No por el hecho de que una empresa como la demandada sea clasificada como de alto o máximo riesgo, se puede predicar que todos sus trabajadores despliegan actividades de alto riesgo, pues se trata de dos conceptos con tratamientos y consecuencias diferentes. En ese sentido, nada impide que una empresa sea catalogada como de alto riesgo y que al mismo tiempo, mantenga trabajadores que despliegan labores alejadas del alto riesgo para la salud. (Ver sentencia CSJ SL- 10031-2014).

Significa lo anterior, que es menester acreditar en cada caso el cumplimiento de funciones con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas que es la hipótesis que interesa en el sub lite, y no el hecho genérico de laborar en una empresa catalogada como de alto riesgo [...].

Bajo la anterior precisión, resulta necesario valorar el caso concreto del accionante, encontrando que de los documentos reseñados, no se logra inferir que en su desempeño como Labores Varias, Selector Varios y Portero Celador, haya tenido contacto o estado expuesto de manera permanente a sustancias comprobadamente cancerígenas durante su permanencia en los cargos; pues como quedó visto, el lugar en donde realizaba sus labores, era en el área de Selección Envases donde, aun cuando ejercía la actividad de aseo, sólo tenía contacto con productos terminados; y en la Portería o entrada a la Planta; donde solo se logró verificar una exposición a partículas no especificadas, sin que de ello pueda inferirse con certeza que se refiera a una de las sustancias comprobadamente cancerígenas alegadas, ni menos que su exposición fuera de manera permanente en ejercicio de la actividad de portero celador.

Y, aun cuando los estudios allegados refieren una contaminación general por diseminación de partículas, de ellos no se permite concluir que haya incidido en la salud del demandante, en tanto que, el esparcimiento de partículas de materias primas como la sílice y el asbesto en el lugar de producción, afecten a quien como el actor, se encontraba en otra sección de la planta, en el que su contacto era con el producto terminado.

Es así como se tiene que, del “Estudio ambiental de polvo” de 1988 (fl. 78 a 97), realizado por el Seguro Social, si bien se indica que *“en todas las secciones muestreadas se superan los valores límites permisibles corregidos, con un grado de riesgo comprendido entre 4.19 y 7.80”*, no se observa que se haya valorado las áreas en las que el demandante prestó sus servicios, tales como el área de selección envases o la portería, y aun cuando se incluyó en el estudio el cargo de Labores varias, ello lo fue en áreas.

Del estudio realizado por la firma Fergusson, “Materia prima utilizada en Peldar y su relación con la salud obrera en general y el cáncer en particular”, desarrollado entre septiembre de 1991 y abril de 1992, se desprende del numeral 2 literal “c” que el sondeo se realizó mediante encuestas a un grupo de trabajadores, debido a la deficiente información de morbi – mortalidad y que los resultados obtenidos en este grupo *“son un reflejo de la problemática y no pretenden ser representativos de la misma”* además busca llamar la atención sobre las condiciones existentes e impulsar estudios de mayor profundidad. En este punto advierte la Sala que el estudio fue realizado al 13.8% del total de los trabajadores de los cuales solamente el 56.9%, tenían más de 10 años de antigüedad; se utilizó para evaluar la salud de los trabajadores de la mencionada empleadora, y en específico, la existencia de sustancias cancerígenas. Sin embargo, no existe certeza si las personas que desempeñaron los oficios de labores varias y selector varios, hubiesen sido evaluadas, para poder entrar a valorar los resultados, además, que la existencia de materias primas altamente riesgosas, se deriva del estudio de las encontradas en las áreas de evaluación, entre las cuales no está incluida la de selección de envase ni portería, donde el actor laboró.

En el documento “Estudios de polvo, ruido y temperaturas”, de septiembre de 1992, del Instituto de Higiene, Ambiente y Salud (fls. 199 a 215), se consignaron los resultados de la evaluación efectuada en las áreas de planta térmica, materias primas, planta de arena, molduras y alfarería, (fl. 202) y se concluyó que existe alto contenido de sílice libre en los procesos de materias primas, trituración de caliza, planta de arena y

alimentación de hornos y concentración de polvo de níquel en el área de molduras. Teniendo que los sitios y procesos evaluados no guardan relación con los cargos desempeñados por el demandante ni áreas en las que prestó sus servicios.

En el “Estudio de polvos”, de 1994 realizado en Cristalería Peldar por el Instituto de Higiene y Ambiente y Salud Ltda. (fls. 216 a 232); se indica que *“en general todos los procesos y operaciones de la planta analizados para polvo total y respirable muestran una alta contaminación por diseminación de partículas en el medio ambiente laboral”*, estudio en el cual se concluyó que los polvos generados en los procesos y operaciones de la planta presentan concentraciones de sílice libre superiores a 2.0% y por consiguiente son considerados como de alto riesgo higiénico sanitario, y que *“el sistema de barrido con escoba y colección de polvos con pala es anti funcional y debe cambiarse por otro sistema más seguro”*; lo cierto es que no se deriva de forma concreta que los cargos de labores varias y selector varios en el área de selección de envase, o como portero o celador en el área de portería, respectivamente- estuvieran expuestos a dicha contaminación ambiental, pues dentro de los cargos y secciones enlistadas en los anexos, éstos no se relacionan.

Del “Informe de evaluaciones ambientales de material particulado”, de diciembre de 1996 (fls. 233 a 256), efectuado por SURATEP para el año 1996 dentro de las áreas seleccionadas para evaluación, tampoco se encuentran las secciones donde el actor prestó su labor, pues se evidencia que fue practicado en las áreas de materias primas, alfarería, molduras envases, molduras cristalería, planta arena y planta térmica (fl. 238).

En el “Concepto salud ocupacional No. 032”, (fls. 263), si bien se indica que *“la contaminación por material particulado silíceo es evidente de manera subjetiva en toda la planta, incluso en aquellas áreas supuestamente no involucradas con el manejo de materias primas”*, dicho documento se encuentra incompleto, sin que del mismo pueda tenerse certeza siquiera, que corresponde a la Cristalería Peldar.

En el “Informe de evaluaciones ambientales de contaminantes químicos – material particulado”, realizado por Suratep en la empresa en marzo de 2001 (fls. 297 a 313); aun cuando se indica contaminación y la dispersión de las partículas en el ambiente en áreas vecinas al descargue de materias primas, del mismo no se desprende que el actor en ejercicio de sus cargos hubiera estado expuesto a dicha contaminación, ya que el estudio fue realizado únicamente sobre los cargos de operadores de hornos envases, preparadores menores, recepción de materias primas, operador equipo de mezcla materia prima y ayudante de mezclas (f.º 302), y con el objetivo de cuantificar las concentraciones de material particulado en las áreas de mezclas de materias primas y hornos de envases de la empresa (f.º 300), labores y secciones ajenas al demandante.

El “Informe de evaluaciones de material particulado, sílice y humos de soldadura”, de septiembre de 2003 (fls. 343 a 370), dirigido a establecer los niveles de concentración de material particulado, dentro de los cargos y áreas evaluados tampoco se encuentran los ejercidos por el actor.

Del informe de evaluaciones de aerosoles sólidos – pnos respirable e inhalable tomado de los estudios de higiene industrial 2005, (fl. 376), si bien se indica que en el área de Portería “*Se levanta material particulado al paso de los vehículos*”, de dicho documento, no puede inferirse con certeza que se refiera a una de las sustancias comprobadamente cancerígenas alegadas, pues se trata de partículas no especificadas; ni menos que su exposición fuera de manera permanente en ejercicio de la actividad de portero celador.

Y en el “Informe de evaluaciones ambientales de contaminantes químicos”, de noviembre de 2005 (fls 377 a 416), realizado con el objetivo de evaluar los factores de riesgo identificados y determinar la existencia o no de riesgo para la salud, si bien se incluyó la Portería para el estudio de material particulado PNOS inhalable, en los resultados que se leen en las tablas anexas, ni siquiera se incluye el correspondiente a este sitio u oficio.

Quiere decir esto, que las funciones adelantadas por el actor no estaban relacionadas con la manipulación de materias primas y en consecuencia el lugar que ocupaba, ni siquiera tenía cercanía con el manejo de producción del vidrio, pues se insiste, sus labores las ejerció mayormente en el área de Selección Envases, en donde solo tenía contacto con el producto terminado y, en el área de Portería o entrada a la Planta, de la que tampoco se concluyó en ningún estudio exposición más que a PNOS (partículas no especificadas), sin que por ello pudiera entenderse una exposición de forma permanente a las sustancias **comprobadamente** cancerígenas; así como se dijo, no estaba expuesto a las partículas de sílice y asbesto, que según diferentes estudios estaban presentes en otras áreas y puestos de trabajo como el área de formación y quebrado de vidrio plano, o áreas de producción; siendo oportuno señalar que en ninguno de los estudios, análisis y conceptos allegados por la parte actora a folios 77 a 507, se analizó el puesto de trabajo del demandante específicamente, más allá de lo ya dicho.

Los testimonios de José Hernández Guzmán y Siervo Tulio Arévalo Montaña, si bien mencionaron una contaminación general del ambiente de trabajo causada por materias primas utilizadas en la producción de vidrio, no puede de ellos derivar las consecuencias adversas en la salud del demandante que se pretenden en la demanda, pues si bien refieren la dependencia de producción y explotación de la materia prima, corroboran que Espitia Rodríguez trabajó primero en la Selección de Envase, lugar al que llegaba el producto ya terminado, y luego en celaduría, en donde además refieren que si bien por allí pasaban las volquetas que contenían la arena (sílice), las mismas iban cerradas o tapadas; sin que se lograra acreditar que durante el desempeño de sus labores, hubiera estado expuesto a sustancias de comprobada acción cancerígena como asbesto, arena sílice, entre otras mencionadas por los declarantes.

Igualmente, de los dichos de José Hernández Guzmán, Siervo Tulio Arévalo Montaña, María Teresa Uribe González y Julián Horacio Montañez Africano, se logra inferir que las áreas dentro de la planta de Cogua están separadas, la de materias primas están en un edificio diferente de la

producción, así como de la de Selección en la que trabajó el actor y; la portería o entrada de la Planta, que está por fuera de las Bodegas; así mismo, que el área de procesamiento de arena está aproximadamente a kilómetro o kilómetro y medio de la portería.

Y respecto de los dictámenes de la Junta de calificación de invalidez de terceros trabajadores de la empresa, ajenos a este proceso, debe anotarse que no tienen relación directa con el demandante, ni con este proceso, siendo necesario recordar que las valoraciones médicas son particulares y concretas, por lo que las realizadas a terceros traídas a este proceso, no pueden incidir en la decisión, pues nada aportan respecto de la exposición a un alto riesgo del demandante, en las áreas en las que prestó sus servicios, cargos que desempeñó y el desarrollo de sus funciones.

No pasa por alto la Sala que en la historia ocupacional, cuando se refiere al cargo de Labores Varias, se indica que debían realizarse “*en cualquiera de las dependencias de la planta*”, sin embargo cuando se especifica el sitio donde realizaba la labor, se indica que era “*En el área de Selección Envases*”, lo que se corroboró con los testimonios recaudados; sin que exista prueba que permita a la Sala establecer que trabajó en un área diferente a la señalada por Cristalería Peldar o que en las que estuvo su salud pudo verse menguada.

Y aun cuando en ejercicio del cargo de Portero o Celador, se indica que se ejercía en el área de portería o entrada a la planta, así como con desplazamiento por la misma, de ello no es posible derivar que ejerciera sus labores en virtud de este cargo, en áreas comprobadas de exposición a contaminación, de manera permanente, por lo menos durante 700 semanas, como lo exige el artículo 3 del Decreto 2090 de 2003.

Las razones anteriores, resultan suficientes para CONFIRMAR la sentencia apelada, en cuanto dispuso negar la pensión especial de vejez pretendida por el actor, prevista para los trabajadores expuestos o que

operen sustancias comprobadamente cancerígenas, al no acreditarse tal circunstancia en el plenario.

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 10 de agosto de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

Radicación n.º 110013105 023 2019 00684 01.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
023 2019 00684 01