



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 19 2014 00567 01
DEMANDANTE: GERARDO GARAY HOSPITAL
DEMANDADO: SOCIEDAD COLOMBIANA DE HOTELES S.A. EN OCUPACIÓN

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de febrero de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante convocó a juicio a Colombiana de Hoteles en Ocupación para que se declare que para todos los efectos no ha existido solución de continuidad en el contrato de trabajo. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar salarios, prestaciones sociales, primas extralegales y aportes a seguridad social en pensión causados desde el 28 de enero de 2013, hasta *«el día en que la demandada ordene la continuación de la prestación personal el servicio»*. A pagar sanción por no consignación de cesantías a un fondo y la indexación correspondiente. Así mismo, los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 28 de mayo de 1992, se vinculó a la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido para desempeñarse como piscinero salvavidas. Devengó como

último salario \$728.000. Refirió que desde el 28 de enero de 2013, pese a que se ha presentado cumplidamente, la sociedad demandada no le permite desempeñar sus funciones, tampoco le ha cancelado salarios, prestaciones sociales, primas extralegales, ni aportes a seguridad social. Expuso que el 8 de mayo de 2014, solicitó la reinstalación al cargo que desempeñaba y el pago de salarios y prestaciones, pero no recibió respuesta.

Expuso que está afiliado al Sindicato de Trabajadores de Colombiana de Hoteles S.A. SINTRACOLHOTEL, el cual suscribió convención colectiva de trabajo con la demandada el 28 de enero de 1999, en la que se contempla una cláusula de estabilidad laboral (fls. 3 a 7).

Por auto del 10 de noviembre de 2015 se designó curador *ad litem* (fls 22 y 23. fl.41 publicaciones), quien al contestar la demanda se opuso al éxito de las pretensiones. Manifestó que ninguno de los hechos le constan y propuso la excepción genérica o innominada (fls. 30 y 31).

En audiencia celebrada el 22 de julio de 2017, se dispuso oficiar a la Sociedad de Activos Especiales SAE para que conociera sobre la existencia del proceso (fl. 43). Esta que procedió a contestar la demanda como sucesora procesal de la Dirección Nacional de Estupefacientes en Liquidación, para el efecto se opuso a la prosperidad de las pretensiones. De los hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de responsabilidad solidaria, «*imposibilidad de cobro de acreencias laborales en jurisdicción ordinaria por tener oportunidad en la acción de extinción de dominio para reclamar*», falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la relación laboral, inexistencia de la obligación, inoperancia del desarrollo del objeto social, imposibilidad de obtener beneficios por no estar vigente la convención colectiva, prescripción y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, manifestó que respecto de la Sociedad Colombiana de Hoteles S.A., se declaró la extinción de dominio, para cubrir las obligaciones primarias como las laborales a su cargo, se propuso enajenar algunos de sus activos, petición que no fue aceptada por la Fiscalía. A pesar de la difícil situación

el establecimiento continuó desarrollando su objeto social lo que permitió el pago tardío de salarios; no obstante los trabajadores decidieron iniciar una ocupación y retención ilegal, ocasionando el cese colectivo de actividades a partir del 8 de agosto de 2012 y hasta el 23 de marzo de 2013, que fue declarada ilegal por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 12 de diciembre de 2012, dentro del radicado n.º 58697, en el que participó el accionante. Sostuvo que durante la ocupación ilegal y con posterioridad la Dirección Nacional de Estupefacientes en Liquidación a fin de dar solución a la pretérita fragilidad financiera de la sociedad, ha adelantado acciones con el objeto de arrendar el inmueble o reanudar la explotación económica lo que ha sido imposible a la fecha debido al deterioro que amenaza ruina (fls.161 a 173).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de febrero de 2021 (fls. 283 y 284), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre Gerardo Garay Hospital identificado con la cedula 11.381.456 y Colombiana de Hoteles S.A. identificada con el NIT 800.108.094-1 administrada actualmente por la Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S. antes Dirección Nacional de Estupefacientes existió una relación laboral vigente entre el 28 de mayo de 1992 y hasta el 20 de mayo de 2017, desempeñando como último cargo piscinero salvavidas como una última remuneración de un salario mínimo legal mensual vigente conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONDENAR a la Colombiana de Hoteles S.A. de NIT 800.108.094-1 administrada actualmente por la Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S. antes Dirección Nacional de Estupefacientes a pagar a favor del señor Gerardo Garay Hospital identificado con la cedula 11.381.456 las siguientes sumas y conceptos debidamente indexados al momento de hacer el pago:

- A. \$29.257.289.33 por conceptos de salarios insolutos del 28 de enero de 2013 y el 20 de mayo de 2017.
- B. \$ 2.438.107.44 por concepto de auxilio de cesantías por el periodo del 28 de enero de 2013 y el 20 de mayo de 2017.
- C. \$255.622.71 por concepto de intereses a las cesantías periodo 28 de enero de 2013 y el 20 de mayo de 2017.
- D. \$2.438.107.44 por conceptos de primas de servicios del 28 de enero de 2013 al 20 de mayo de 2017.

TERCERA: CONDENAR a la Colombiana de Hoteles S.A. de NIT 800108094-1 administrada actualmente por la Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S. antes Dirección Nacional de Estupefacientes a reconocer y pagar a favor del señor Gerardo Garay Hospital de cedula 11.381.456 y por tanto a cotizar al sistema general de pensiones el porcentaje que corresponda de los aportes causados entre

el 28 de enero de 2013 al 20 de mayo de 2017, tomando como ingreso base de cotización el salario mínimo legal mensual vigente para lo cual el fondo al cual se encuentre afiliado el demandante deberá realizar el cálculo actuarial con el fin de que la demandada efectué los pagos correspondientes conforme a las consideraciones de la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de inexistencia de la obligación que fue propuesta por la vinculada Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S y no probadas las demás especialmente la de prescripción conforme a la parte considerativa de este proveído.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada Colombiana de Hoteles S.A. de NIT 800.108.094-1 administrada actualmente por la Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S. antes Dirección Nacional de Estupefacientes de las demás pretensiones incoadas por la parte demandante por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEXTO: COSTAS en la instancia a cargo de la parte demandada Colombiana de Hoteles S.A. administrada por la Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S. antes Dirección Nacional de Estupefacientes y favor del demandante Gerardo Garay Hospital. Se ordena que sean liquidadas por la secretaría del despacho.

En lo fundamental, determinó que obra en el expediente certificado según el cual el actor está vinculado desde el 28 de mayo de 1992, como piscinero, además planillas en las que consta que se presentó a diario al lugar de trabajo al menos hasta el 20 de mayo de 2017, por lo que declaró la existencia del contrato en consideración a estos extremos y estableció que no obra prueba del pago de acreencias laborales a partir de 28 de mayo de 2013, las cuales liquidó con base en el salario mínimo, por no haber sido demostrado uno distinto. Concluyó que ante la situación financiera de la sociedad demandada no puede predicarse mala fe en su actuar. Señaló que el pago de aportes a seguridad social debe ser cubierto mediante cálculo actuarial.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes apelaron lo resuelto.

La parte actora argumentó que el contrato de trabajo se encuentra vigente a la fecha, por tanto las condenas por concepto de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social deben ser liquidados desde el 22 de mayo de 2013, hasta *«la fecha en que el contrato se tome la base que se termine porque hasta la fecha está vigente»*. De otra parte, sostuvo que la demanda no ha actuado de buena fe, pues no ha permitido

la prestación del servicio, por ello, debe ser condenada a pagar la sanción por no consignación de cesantías a un fondo.

La Sociedad Colombiana de Hoteles solicitó revocar la decisión al argumentar que la relación laboral finiquitó el 8 de agosto de 2012, fecha en que inició el cese de actividades que posteriormente fue declarado ilegal. Además el actor confesó que las instalaciones de la sociedad estaban abandonadas desde el 2013, por lo que era imposible que prestar servicios y en consecuencia no se configura la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Refirió que aunque obran planillas firmadas ello no demuestra que el actor estuviera a órdenes del empleador, tampoco que ejecutara funciones, pues para esta época el establecimiento de comercio estaba cerrado y por tal motivo no pago remuneración alguna. Alegó que en consecuencia, con posterioridad al 8 de agosto de 2012, no se configura ninguno de los elementos del contrato de trabajo.

IV. CONSIDERACIONES

Es verdad probada que el accionante prestó servicios a la demandada desde el 20 de mayo de 1992, pues así lo certificó la demanda el 27 de abril de 1994 (fl.11). Conforme a los argumentos de apelación con apego a lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, corresponde a la Colegiatura determinar si es procedente declarar la existencia de un contrato de trabajo más allá del 8 de agosto de 2012 y hasta la actualidad.

Pues bien, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes

en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii*) la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

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

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

Al amparo de lo expuesto, se procede al análisis de las pruebas arrimadas al plenario, en el que se verifica que obra misiva adiada del 25 de enero de 2013 (fl. 13), mediante la cual la accionada comunica a todos sus trabajadores:

... una vez notificado el fallo de la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral proferida el 12 de diciembre de 2012 y por orden expresa del Sr. Orlando Melo Ruiz representante legal, les comunico que deberán reincorporarse a laborar a partir del día lunes 28 de enero de 2013 en el horario de 8:00 a.m. De carácter obligatorio, así mismo los trabajadores de la oficina de Bogotá, deberán presentarse en las instalaciones del hotel en la misma fecha y hora.

Fue aportado, acuerdo de entrega del cuidado de las instalaciones del hotel Chinauta Resort, según la cual el 22 de marzo de 2013, se reunieron el representante legal de la sociedad y representantes de Sinthol Nacional Seccional Fusagasugá, estos últimos quienes manifestaron que a partir de esa data no asumirían más la responsabilidad de vigilancia y control de las instalaciones de la sociedad en ocupación y la entregaron al primero, además acordaron: *«Para efectos del control de asistencia para cumplir con la jornada de trabajo, los trabajadores se presentarán al inicio de la jornada para estampar su firma en la planilla de asistencia que para tal efecto ubicará la administración en el sitio que estime conveniente»* (fls. 48 y 49).

A folios 54 a 63, obra «ACTA DE VISITA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO» adelantada el 22 de marzo de 2013 POR EL Ministerio de Trabajo, en la que quedó consignado que para esa data no estaba en funcionamiento el establecimiento de comercio. El ingeniero Raúl Ballén Herreño dejó constancia que el servicio de energía fue suspendido desde el 23 de junio de 2011, motivo por el cual el hotel operó con plantas de emergencia hasta el 8 de agosto de 2012 y del mal estado general de las instalaciones y equipos y resaltó la necesidad de mantenimiento (fls 59 a 63).

Milita a folios 207 a 210 Resolución n.º 00600 del 22 de abril de 2015, emitida por el Ministerio de Trabajo – Territorial Bogotá, mediante la cual se negó la autorización para despedir a todos los trabajadores que participaron en el cese ilegal de actividades y que no reanudaron labores, bajo el entendido que dicha autoridad no está autorizada para tal fin y que su competencia en este tipo de asuntos *«no va más allá de vigilar que el empleador se abstenga de despedir a los trabajadores que actuaron pasivamente en el cese de actividades»* En los fundamentos fácticos se puede leer:

2. El 8 de agosto de 2012, se inició el cese de actividades propuesto por los trabajadores activistas filiales al Sindicato de Trabajadores del Hotel Chinauta Resort SINTHOL Seccional Fusagasugá, los trabajadores sindicalizados no permitieron el ingreso a las instalaciones del hotel a los

compañeros que no quisieron ser parte del cese, ni al representante legal designado por la Dirección Nacional de Estupefacientes.

3. El 5 de octubre de 2012, el representante legal de la sociedad COLOMBIANA DE HOTELES S.A. EN OCUPACIÓN, propietaria del establecimiento de comercio COLOMBIAN HOTELS CHINAUTA, presentó ante el Tribunal Superior de Cundinamarca. Proceso especial de Calificación de Suspensión o Paro Colectivo de Trabajo en contra del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Gastronómica Hotelera y Turística de Colombia, SINTHOL seccional Fusagasugá.
4. El 12 de octubre de 2012, el mencionado Despacho, negó la declaratoria de ilegalidad solicitada y exhortó a las partes para que resolviera sus diferencias.
5. El 12 de diciembre de 2012, la Corte suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, revocó la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca y en su lugar declaró ilegal el cese de actividades adelantado desde el día 8 de agosto de 2013.
6. El 22 de enero de 2013, el representante legal de la Empresa recibió pliego de peticiones parcial frente a la convención colectiva vigente hasta el 31 de diciembre de 2012.

A folios 77 a 84, reposa laudo arbitral del 18 de marzo de 2016, vigente desde el 19 de marzo de 2016 hasta el 18 de marzo de 2018, en el que se dispuso el aumento de salarios para los trabajadores sindicalizados igual al índice de precios al consumidor del año inmediatamente anterior certificado por el DANE a partir del 1 de enero de 2013 y hasta el 18 de marzo de 2016 y a partir del 19 de marzo de 2016 hasta el 18 de marzo de 2018.

También fueron aportadas planillas de asistencia del 20 de junio de 2016 al 20 de mayo de 2017, en las que aparece firmando el accionante (fls. 104 a 151) y reporte de semanas cotizadas por el actor que dan cuenta que la demandada realizó aportes a pensión desde el 6 de agosto de 1992 hasta el 31 de agosto de 2012 (fls. 195 y 196).

A solicitud de la parte actora fue decretado y escuchado el testimonio de Misael Hernández, quien manifestó que conoce al accionante desde 2011, porque fueron compañeros de trabajo y de actividad sindical. Aseguró que todos los trabajadores prestaron servicios a Colombiana de Hoteles hasta agosto de 2013, cuando el hotel cerró, pero en adelante por acuerdo suscrito con el depositario, radicado en el Ministerio de Trabajo, firman una planilla en Fusagasugá. Relató que en el 2014, presentaron

pliego de peticiones y que la última vez que se reunieron con el depositario fue en 2016.

Al rendir declaración de parte el depositario provisional de Colombiana de Hoteles manifestó que funge en tal calidad desde marzo de 2020, sostuvo que los empleados del hotel adelantaron una huelga que fue declarada ilegal y se tomaron las instalaciones de la empresa hasta marzo de 2013. Relató que a hoy el inmueble amenaza ruina y el estado de las instalaciones en general imposibilitan reanudar actividades de cualquier índole. Preciso que no existen recursos para rehabilitarlo y la Sociedad de Activos Especiales decidió enviarla a liquidación voluntaria

Al absolver interrogatorio de parte el accionante manifestó que el 28 de mayo de 1992, se vinculó a la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido para desempeñarse como piscinero. Luego, en 2000 fue desvinculado y por sentencia judicial se ordenó su reintegro en el año 2010. Admitió que el hotel cerró en el 2012, cuando hicieron la entrega a estupefacientes y hasta ese momento le pagaron salarios. Afirmó que el actualmente está «*abandonado*», «*desmontado*», también que la Dirección Nacional de Estupefacientes y después la SAE obliga a los trabajadores a firmar una planilla y quien no lo haga a la hora indicada los faculta para sacarlo de la lista, retirarlo de nómina y desvincularlo de la empresa. Aseguró que la planilla se firmaba cada ocho días, inicialmente en la casa de un compañero y con posterioridad la dejaron en una panadería en Fusagasugá, aseguró que él y otros trabajadores aun la firman.

Del análisis conjunto de los medios probatorios antes reseñados estima la Colegiatura que está suficientemente probado que la Sociedad Colombiana de Hoteles esta sometida a proceso de extinción de dominio, que el accionante prestó servicios personales hasta agosto de 2012, pues así lo confesó al rendir declaración de parte. También está demostrado que a partir del 8 de agosto de 2012 y hasta el 23 de marzo de 2013, la agremiación sindical mayoritaria entro en huelga, la cual fue declarada ilegal por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia con radicación n.º 58697 del 12 de diciembre de 2012.

Aparece igualmente acreditado que el 22 de marzo el sindicato hizo entrega de las instalaciones del hotel que hasta ese momento había ocupado y se comprometió a que los trabajadores firmaran diariamente planillas, efectos de controlar la asistencia para cumplir con la jornada de trabajo. Empero, el demandante apenas aportó copia de una planilla sin fecha como puede verificarse a folio 12 y luego y a solicitud del Juzgado mediante misiva del 28 de junio de 2017, aportó otras planillas esta vez, las suscritas entre desde el 20 de junio de 2016 al 20 de mayo de 2017, en las que aparece firmando el accionante (fls. 104 a 151). En el mismo sentido de conformidad con el reporte de semanas cotizadas del actor se verifica que la demandada realizó aportes a pensión desde el 6 de agosto de 1992 hasta el 31 de agosto de 2012 y que el empleador «*ARQUITECTOS CONSTRUC*» cotizó en favor del actor desde junio de 2014 hasta agosto de 2015 y posteriormente lo hizo la «*CAJA DE COMPENSACIÓN*» para los periodos junio y octubre a diciembre de 2017 y enero y febrero de 2018 (fls. 195 y 196).

Bajo este panorama es claro que el demandante faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no demostró que una vez fueron entregadas las instalaciones por parte del sindicato cumplió con el acuerdo que este suscribió de firmar planillas de asistencia, en el entendido que las que militan en el expediente fueron suscritas a partir del 20 de junio de 2016, esto es transcurridos más de 3 años de la firma del acuerdo, lo que resulta relevante si se toma en consideración que con la demanda aportó una planilla cuya fecha no es posible determinar y después cuando el Juez le dio la oportunidad de incorporar nuevas, se limitó a traer apenas las posteriores al 20 de junio de 2016. Con todo, es evidente que Garay Hospital estableció nuevos vínculos de trabajo que se reflejan en su historial de cotizaciones a pensión.

Lo anterior, lleva a concluir que con posterioridad a la entrega del hotel el actor no cumplió lo pactado con el empleador, razón suficiente para entender que el contrato de trabajo perdió vigencia.

Importa recordar que si bien el Ministerio de Trabajo mediante Resolución n.º 000600 del 22 de abril de 2015, negó la autorización para el despido de los trabajadores, lo hizo en el entendido que no era competente para impartir dicho permiso, pues a su facultad no va más allá de vigilar que el empleador se abstenga de despedir a los trabajadores que actuaron pasivamente en el cese de actividades. Dicho de otro modo, en manera alguna, puede entenderse que la autoridad administrativa negó al empleador la potestad de terminar los contratos de quienes como el demandante participaron en la huelga declarada ilegal y que por ello indefectiblemente los contratos continuaron vigentes por disposición del Ministerio.

Así las cosas, resulta forzoso revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra.

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

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

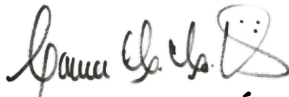
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 26 de febrero de 2021 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar absolver a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra

SEGUNDO: Sin costas en la instancia. Las de primera estarán a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

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 22 2020 00509 01
DEMANDANTE: YANETH ORTÍZ MEJÍA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

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 Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de febrero de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, ordenar a la AFP trasladar a Colpensiones, los aportes de la cuenta individual, junto con los rendimientos debidamente indexados. Así mismo, a las demandadas que se condene en virtud de las facultades ultra y *petita*, más las costas del proceso (expediente digital, documento 01 fls. 1 a 9)

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 27 de agosto de 1965. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 2 de marzo de 1989. Se

trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. en 1999. Adujo que el fondo, previo a la vinculación no le informó sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional. Indicó que en el año 2008, solicitó el traslado a RPM, pero fue negado. En la actualidad cuenta con 834 semanas cotizada (expediente digital, documento 01 fls. 1 a 9).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Admitió la data de nacimiento de la accionante, la profesión ejercida, el número de semanas acumulado. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos restantes de la demanda. 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, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, pues la administradora cumplió con el deber de brindar información en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico para la época y el formulario fue suscrito voluntariamente por persona plenamente capaz (expediente digital, documento 09 fls. 1 a 23).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la fecha de natalicio de la promotora, el traslado de régimen, la reclamación administrativa. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que la demandante está incurso en una prohibición de retornar al régimen prima media en razón a la edad, hecho insuperable pues no contaba con 750 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994 (expediente digital, archivo 10 fls. 23 a 60).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de febrero de 2022 (expediente digital, documento 17), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora Yaneth Ortiz Mejía identificada con cédula de ciudadanía No. 51.833.485, al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido el 10 de agosto de 1999. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a Porvenir S.A. fondo al que se encuentra afiliada la demandante, a trasladar a Colpensiones, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Así mismo, se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a Colpensiones.

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

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones recibir los dineros provenientes de Porvenir S.A y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado.

QUINTO: DECLARAR no probada las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas Porvenir fíjese como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE, la presente decisión en favor de Colpensiones ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera a la actora conocer los efectos de trasladarse teniendo en cuenta sus condiciones particulares.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia al argumentar que el precedente jurisprudencial no puede ser aplicado de manera automática, sino que deben ser analizadas las particularidades de cada caso, por ejemplo en el presente asunto, se demostró que se brindó información suficiente y clara y que el formulario de afiliación fue suscrito voluntariamente y no fue tachado o desconocido, tampoco se probó la configuración de algún vicio del consentimiento y la intención de permanecer se vio ratificada con las cotizaciones. Adujo que al rendir declaración de parte la demandante aceptó conocer varias características del RAIS. Rechazó la condena a reintegrar gastos de administración por considerar que son propios del RAIS, compensaron la gestión de la AFP y mantuvieron cubierta a la demandante frente a las contingencias de invalidez o muerte, fueron erogados para tal fin.

Por su parte, Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que la demandante no puede retornar a prima media ya que se encuentra incurso en prohibición legal en razón a la edad. Señaló que con el dicho de la testigo se corrobora que la actora recibió información al momento de traslado. Sostuvo que el monto de la pensión no es un argumento válido para retornar a RPM, pues cuando se realizó el traslado, era imposible determinarlo. Arguyó que no intervino en el acto jurídico declarado ineficaz, por tanto, no puede verse afectado con los efectos de tal declaración.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte generado por Porvenir S.A. la accionante cotizó al régimen de prima media 176 (expediente digital, documento 01 fl 11), migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A. el 10 de agosto de 1999, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 01, fl. 16).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que, para el momento del traslado en su lugar de trabajo, se presentó un asesor quien manifestó que al trasladarse obtendría una pensión más alta y de manera anticipada, pero no le explicaron cómo ello sucedería, refirió que se trasladó porque «*quizo*» pero no conocía las implicaciones del cambio. Su interés en retornar a Colpensiones radica en que allí obtendrá una pensión vitalicia.

A solicitud de la accionante fue decretado y escuchado el testimonio de Rosa María Sánchez Bocanegra, quien manifestó que en el colegio en que laboraba junto con la actora, se efectuó una reunión en la que asesores del fondo refirieron que ISS se iba acabar y que al trasladarse lograrían una pensión con menos semanas y un monto mayor. Admitió que no presenció el momento en que la actora diligenció y firmó el formulario de vinculación.

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

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

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

En el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

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

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

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

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

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 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,

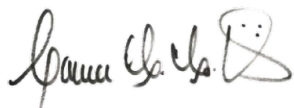
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de febrero de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

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 22 2021 00104 01
DEMANDANTE: ÁLVARO JESÚS VIVANCO GUERRERO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

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 Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de febrero de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la *“anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado”* al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, ordenar a la AFP trasladar a esta última, todos los dineros recibidos como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración o cualquier otro debiendo asumir con su propio patrimonio la disminución del capital de la pensión. En caso de reconocerse la prestación de vejez deberá continuar con el pago hasta tanto traslade todos los recursos a Colpensiones. Así mismo, que se declare y condene a todo extra y ultra y *petita* que resulte probado en el

proceso, más las costas del proceso (expediente digital, documento 01 fls. 3 a 37).

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al sistema de pensiones el 15 de marzo de 1981. Se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el 8 de julio de 1994, a través de Horizonte hoy Porvenir S.A. Adujo que el fondo, previo a la vinculación no le informó sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional, tampoco realizó proyecciones comparativas que le permitieran evidenciarlas. Sostuvo que de continuar vinculado al RAIS su mesada ascenderá a \$828.116 entre tanto en Colpensiones ascendería a \$2.771.677. Indicó que solicitó a las demandadas el retorno al régimen (expediente digital, documento 01 fls. 3 a 37).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la afiliación al régimen de prima media, la reclamación administrativa y su 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. Para enervar las pretensiones, argumentó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y está incurso en una prohibición de retornar a prima media en razón a la edad, hecho insuperable pues no contaba con 750 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994 y para el momento apenas contaba con una mera expectativa la cual carece de amparo (expediente digital, archivo 05 fls. 23 a 62).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Admitió la petición elevada por el accionante y la vinculación al fondo. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda. 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, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, pues se cumplió con la obligación de información en los términos establecidos para la fecha del traslado (expediente digital, documento 07 fls. 1 a 29).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 1 de febrero de 2022 (expediente digital, documento 19), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el señor Álvaro Jesús Vivanco Guerrero identificado con cédula de ciudadanía 19.459.923, al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido el 08 de julio de 1994. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a Porvenir S.A. fondo al que se encuentra afiliada actualmente el demandante, a trasladar a Colpensiones, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales si hubiese lugar a ello, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Así mismo, se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a Colpensiones.

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

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones recibir los dineros provenientes de Porvenir S.A y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor, conforme quedó explicado en esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probada las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada Porvenir S.A. y fijese como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE, la presente decisión en favor de Colpensiones ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

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

comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera al actor conocer los efectos de trasladarse teniendo en cuenta sus condiciones particulares.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia por cuanto no es procedente declarar la ineficacia, tampoco ordenar la devolución de los gastos de administración, primas de seguro previsionales y demás sumas que se encuentran en la cuenta de ahorro individual; no procede autorizar a Colpensiones obtener por vías judiciales el resarcimiento de perjuicios, ni imponer costas procesales.

Argumentó que cumplió con el deber de información en los términos previstos para la época y no se acreditó la configuración de vicio del consentimiento alguno en el acto jurídico. Señaló que los seguros previsionales ya fueron pagados a la respectiva compañía, por tanto no cuenta con estos recursos y el traslado generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Expuso que no se prueba el perjuicio que se genera al demandante.

Por su parte, Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que el demandante se encuentra incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad. Sostuvo que la inconformidad en el monto de la pensión no es un argumento válido para retornar a RPM, ni pueden equipararse los efectos de la falta al deber de información. Señaló, Además, se afectaría la sostenibilidad financiera y es este el momento procesal para analizar los perjuicios causados a Colpensiones, donde se deben repartir las cargas para que el RPM no sufra consecuencias jurídicas de actos celebrados por terceros.

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 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

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió Instituto de Seguros Sociales, el 15 de abril de 1981 (expediente digital, documento 06), migró al RAIS, a través de la administradora AFP Porvenir S.A. el 8 de julio de 1994, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 07, fl. 50), en el que se puede leer:

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

Posteriormente cambió a la AFP Horizonte el 1 de junio de 2000 y a partir del 1 de enero de 2014 a la AFP Porvenir S.A. (expediente digital, documento 07 fl. 79).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que la empresa para la que laboraba adelantó su traslado, razón por la cual de forma libre y voluntaria suscribió el formulario de afiliación. Afirmó que no fue asesorado y desconoce las características de cada régimen. Aceptó que su interés de retorno es el valor de la mesada pensional, pues algunos de sus compañeros ya están pensionados con la AFP y la diferencia respecto de Colpensiones es grande.

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, 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 tal como acertadamente concluyo el *a quo*.

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 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,

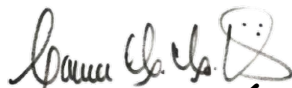
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de febrero de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

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 2021 00223 01
DEMANDANTE: FERNANDO JARAMILLO PANTOJA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuesto por las demandadas las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de febrero de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare que la «*nulidad*» del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) adelantado a través de la AFP Protección S.A. en agosto de 1994 y del cambio a la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a esta a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación tales como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado. A la última a tenerlo como afiliado, a recibir los aportes y actualizar la historia laboral. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del

proceso. Subsidiariamente, declarar la ineficacia «e inoperancia» de los efectos del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Protección S.A. y hoy en día en cabeza de la AFP Porvenir S.A. en agosto de 1994.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 27 de noviembre de 1960, se afilió al Instituto de Seguros Sociales en noviembre de 1988 y cotizó 248 semanas. En agosto de 1994, se trasladó a la AFP Protección S.A. y posteriormente a la AFP Porvenir en junio de 2002. Indicó que los fondos privados no le informaron de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las características, beneficios, riesgos, desventajas o inconveniente de cada régimen. Refirió que ha cotizado más de 1.230 semanas a lo largo de su vida laboral. Porvenir S.A. realizó proyección según la cual allí obtendría una mesada de \$877.807, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$4'461.413. Finalmente, que las demandadas negaron la petición de traslado (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 23).

La AFP Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las peticiones. Admitió la data de natalicio del actor y el traslado de régimen. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos restantes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, *«reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»*, *«inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»*, traslado de aportes y las demás declarables de oficio. Sostuvo que el demandante se afilió de forma libre y voluntaria mediante suscripción del formulario, previa conforme a las exigencias legales. Indicó que el actor es beneficiario del régimen de transición y se encuentra incurso de la prohibición legal para regresar a RPM en razón a la edad (expediente digital, archivo 06 fls. 3 a 31).

Colpensiones rechazó el éxito de las súplicas. Aceptó la data del natalicio del accionante, la afiliación al ISS y las semanas cotizadas. Manifestó que no le constan los demás hechos. Planteó las excepciones de inoponibilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que no se acreditan los supuestos legales para declarar la ineficacia del traslado. Adujo que actor no es beneficiario del régimen de transición y está incurso en prohibición legal de retornar a prima media. Señaló que al ordenar el retorno se atentaría contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema (expediente digital, archivo 7 fls. 1 a 18).

La AFP Porvenir S.A., negó el éxito de las peticiones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las declarables de oficio. En defensa de sus intereses señaló que el actor no expuso argumentos válidos que permitan declarar la ineficacia (expediente digital, archivo 09 fls. 1 a 30).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 4 de febrero de 2022 (expediente digital, carpeta 18), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado realizado por el señor demandante Fernando Jaramillo Pantoja, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en este caso por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (sic) y por ende, en consecuencia de lo accesorio sigue la suerte de lo principal, también el traslado horizontal efectuado hacia la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR a Protección S.A., a devolver todos los valores recibidos con ocasión a la afiliación del señor demandante Fernando Jaramillo Pantoja entre el 1 de agosto de 1994 hasta el 1 de junio de 2002 junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, que estamos declarando, dineros que se ordenan devolver de forma indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

PARAGRAFO: Autorizamos efectuar como único descuento a esta AFP el dinero transferido a Porvenir, el día 1 de junio de 2002 con ocasión al traslado solicitado por el señor demandante.

TERCERO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con ocasión a la afiliación del señor Fernando Jaramillo Pantoja, junto con los rendimientos causado y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, dineros que se ordenan devolver de forma indexada desde la fecha de su causación a la fecha efectiva de su pago.

CUARTO: DECLARAR que el señor Fernando Jaramillo Pantoja se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por Colpensiones.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: costas a cargo de Protección.

SÉPTIMO: SE ORDENA la consulta de la presente sentencia.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no acreditó que suministró al demandante información necesaria, relevante, clara, completa y comprensible sobre los regímenes pensionales que le permitieran tomar una decisión consciente sobre las implicaciones de su decisión por lo que procede declara la ineficacia deprecada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Protección, aspira se revoque la sentencia en cuanto la condenó a devolver comisiones de administración, dado que estas sumas fueron descontadas por mandato legal, compensaron la buena gestión de Protección que generó rendimientos en la cuenta individual que también se ordena trasladar con lo cual se desconocen los efectos reales de la

declaratoria de ineficacia. Indicó que no es procedente retorna la prima de seguro previsional, pues los dineros correspondientes fueron girados a una aseguradora que es un tercero de buena fe que no intervino en el acto de traslado, en todo caso estos dineros mantuvieron al demandante cubierto frente a los riesgos de invalidez o muerte.

La AFP Porvenir S.A. arguyó que el traslado se materializó con el cumplimiento de los requisitos legales vigentes para la época, esto es con la suscripción del formulario y la asesoría verbal. Señaló que de configurarse error sobre un punto de derecho, el mismo fue saneado con la permanencia en el sistema y el traslado entre fondos. Además, se le garantizó el uso del derecho de retracto, pero no lo ejerció y ahora se encuentra incurso de una prohibición legal en razón de la edad. Sostuvo que ha actuado de buena fe. En caso de que se mantenga la decisión, se revoque la condena por traslados de gastos de administración, toda vez que estos montos fueron descontados por disposición legal, retribuyeron la gestión de la AFP que produjo rendimientos que incrementaron el saldo de la cuenta individual y son susceptibles de prescribir, pues no integran el capital para financiar la pensión. Señaló que de haber acaecido algún siniestro el demandante hubiere estado cubierto frente a los riesgos de invalidez o muerte, pues giró a un tercero de buena fe los recursos para cubrir las pólizas correspondientes.

Colpensiones reclama la revocatoria de la sentencia, al argumentar que el actor no demostró la configuración de vicios del consentimiento, tampoco que tuviere una expectativa legítima, pues no era beneficiario del régimen de transición, además se encuentra inmerso en una prohibición legal que le impide retornar al RPM en razón a la edad. Igualmente, la simple inconformidad en el monto de la mesada pensional no es argumento válido para declarar la ineficacia. Señaló que el actor fue descuidado y desinteresado en cuanto a su futuro pensional, con todo mantuvo la vinculación por más de 20 años y realizó aportes.

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 expedido por Colpensiones el actor se afilió al ISS el 22 de noviembre de 1988 (expediente digital, archivo 07 fl. 43), migró al RAIS, administrado por Colmena hoy Protección S.A. el 2 de julio de 1994, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 04 fl. 43, archivo 09 fl. 77), en el que se puede leer:

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

Posteriormente, se trasladó a Horizonte el 1 de junio de 2002 y a partir del 1 de enero de 2014 a Porvenir S.A. en adelante, conforme certificación expedida por Asofondos (expediente digital, archivo 09 fl. 77).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que para el momento del traslado un asesor de Protección se acercó a su oficina, le informó que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer y que en el fondo privado podría seguir de forma segura y que las condiciones para pensionarse serían las mismas del ISS. Señaló que se trasladó a Porvenir porque pertenecía al grupo económico con el que la

empresa manejaba la parte bancaria. Manifestó que su inconformidad de pertenecer en el RAIS radica en el monto de la mesada pensional. Indicó que no recuerda quien diligencio el formulario de afiliación tampoco si le hablaron de los requisitos para pensionarse en el RAIS. Dijo que nunca se acercó a solicitar información adicional a Colpensiones ni a los fondos privados.

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

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

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

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

-2019). Por ello la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación o 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.

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. a la que se encuentra actualmente afiliado, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en 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 Colmena, hoy Protección S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración,

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 4 de febrero de 2022, por el Juzgado Veintitrés Laboral del

Circuito de Bogotá, D.C., 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.

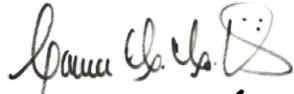
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia del *a quo* en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: MODIFICAR el punto tercero de la decisión de primera instancia que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas 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: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

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 2021 00387 01.
DEMANDANTE: YELINDA RINCÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A Y SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas la AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de febrero de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado del régimen e prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. y el cambio horizontal a Colfondos S.A. y tenerla como válidamente afiliada a Colpensiones. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a devolver a esta todos los aportes, rendimientos financieros, bono pensional y cuotas de administración. Se disponga a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus peticiones, narró que el 14 de enero de 1966, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 30 de agosto de 1988. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. en 1998 y posteriormente cambió a Colfondos S.A. en 1999. Adujo que el asesor del fondo no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen, solo se le ilustró sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen. Colfondos realizó simulación pensional según la cual no cumple los requisitos para acceder a una pensión a los 57 años, entre tanto, en Colpensiones la mesada en 2030 ascendería a \$3'429.639. Finalmente, que fue negada la reclamación administrativa (expediente digital, archivo 01 fls. 4 a 9).

La AFP Colfondos S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó únicamente la afiliación a este fondo. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos restantes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses señaló que el traslado fue adelantado por persona libre y capaz, quien suscribió el formulario de vinculación de forma libre y espontánea y ratificó su determinación con más de 20 años de permanencia en el RAIS (expediente digital, archivo 05 fls. 1 a 14).

Colpensiones rechazó las pretensiones. Admitió la data de nacimiento de la actora, la afiliación al ISS, el traslado de régimen, el traslado horizontal y la reclamación administrativa. Manifestó que no le constan los demás fundamentos fácticos. Formuló las excepciones inoponibilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01

de 2005), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, *«aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 para aquellos que consolidaron su derecho en el RAIS y las demás declarables oficiosamente»*. En su defensa, argumentó no se acreditan los supuestos legales para declarar la ineficacia del traslado, con el cual además se afectaría el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y está incurso en prohibición legal en razón de la edad (expediente digital, archivo 06 fls. 1 a 30).

La AFP Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las peticiones. Manifestó que los hechos no son ciertos o no le constan la totalidad de los hechos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las peticiones señaló que no es posible declarar la nulidad porque el traslado fue producto de una decisión libre e informada (expediente digital, archivo 07 fls. 1 a 21).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de febrero de 2022 (expediente digital, archivo 11), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de la señora demandante Yelinda Rincón al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en este caso por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y como consecuencia lógica, también de la misma suerte corre el traslado entre administradoras realizado a la AFP Colfondos Pensiones y Cesantías, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora Yelinda Rincón entre el 1 de noviembre de 1998 (sic) al 31 de octubre de 1999, dineros que debe trasladar junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación a la fecha de su pago.

PARAGRAFO: Se autoriza como único descuento dinero transferido hacia la AFP Colfondos, con ocasión al traslado de fondos solicitado por la demandante.

TERCERO: CONDENAR a Colfondos Pensiones y Cesantías a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con ocasión a la afiliación de la señora demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver igualmente de forma indexada desde la fecha de su causación a la fecha de su pago.

CUARTO: DECLARAR que de la señora demandante Yelinda Rincón se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto ISS, hoy Colpensiones.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: Se CONDENA en costas a Porvenir a favor de la demandante.

SEPTIMO: SE ORDENA la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no acreditó haber suministrado a la actora la información necesaria y relevante que le permitiera tomar la decisión de trasladarse con pleno conocimiento de las implicaciones del traslado conforme a sus circunstancias personales, circunstancia que no se supera por el hecho que la demandante sea abogada de profesión.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. aspira que se revoque la decisión, al argumentar que no es posible exigir acreditar requisitos diferentes al formulario de afiliación y la asesoría verbal, exigidos para la época. Sostuvo que debe tomarse en consideración que la demandante es abogada y en su clase de seguridad social debieron enseñarle sobre las características del RAIS. Arguyó que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración, toda vez que estos no hacen parte del capital que financia la pensión por tanto son susceptibles de prescribir, compensan la buena gestión de la administradora que ha generado

rendimientos que incrementaron el saldo de la cuenta individual, que también se ordena trasladar con lo cual se presentaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones.

La AFP Colfondos aspira se revoque la sentencia en cuanto le ordenó devolver gastos de administración y otros conceptos debidamente indexados al exponer que estas deducciones operaron por mandato legal, permitieron contratar la póliza de seguros con un tercero que mantuvo cubierta a la actora para los riesgos de invalidez y muerte. Además, retribuyeron la gestión de la AFP que generó rendimientos a la cuenta individual, los cuales también se ordena trasladar. Indicó que estos montos no hacen parte integral de la pensión de la afiliada, por ende, son susceptibles de prescribir. Sostuvo que los traslados ordenados no se compadecen con los reales efectos de las restituciones mutuas propias de la ineficacia y podría generarse un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y la demandante.

Colpensiones reclama la revocatoria de la sentencia al argumentar que es tercero de buena fe que no intervino en la celebración del acto jurídico, por ende, no debe acarrear los efectos de la ineficacia del mismo. Señaló que al ordenar el retorno a prima media se atenta contra el principio de sostenibilidad financiera, pues tendría que reconocer la prestación a quien no cotizó al fondo común por más de 23 años y por tanto no fue considerada en las reservas y cálculos financieros. En caso de no acogerse a las suplicas, solicitó que las AFP paguen todos los perjuicios económicos que genere.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos

los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia CSJ SL1688 de 2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. También en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, se establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

La actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 30 de agosto de 1988 (expediente digita, archivo 06 fl. 383), migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A. el 10 de septiembre de 1998, mediante la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 07 fl. 89) en el que se puede leer:

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

Posteriormente, se trasladó horizontalmente a Colfondos S.A. el 1 de noviembre de 1999, conforme certificado emitido por Asofondos (expediente digital, archivo 05 fl. 17).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que es abogada, graduada en el 2001, es docente en el área de derecho administrativo, derecho electoral y contratación. Relató que para la época del traslado prestaba servicios a las oficinas del *“Parque Central Bavaria”*, allí llegaron asesores comerciales del fondo privado quienes le manifestaron que el Instituto de Seguro Social se acabaría, que tenía la posibilidad de asegurar una pensión en Porvenir, donde podría pensionarse a la edad que quisiera, le pidieron sus datos, el asesor

diligencio el formulario y ella se limitó a firmarlo. Indicó que se trasladó a Colfondos cuando en la misma entidad pasó de un contrato a otro, con la promesa que le enviarían toda la información de su pensión, lo cual nunca paso. Refirió que nunca se acercó a ninguno de los fondos privados ni a Colpensiones a solicitar información adicional sobre su pensión. Adujo que se siente frustrada y engañada, ya que hace dos años le informaron que no tiene derecho a reclamar pensión, solo un bono pensional.

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

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

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha AFP faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019). Por ello la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación o del traslado, para declarar únicamente la última, porque este es el acto de vinculación inicial al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta al deber de información al momento del traslado del régimen de prima

media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

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

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

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

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de febrero de 2022, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia analizada que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores

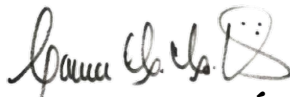
utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

QUINTO: CONFIRMAR en los 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

(En uso de permiso)

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 00409 01
DEMANDANTE: RICARDO ARTURO NARANJO
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.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de febrero de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la «nulidad» del traslado del régimen de prima media (RPM) al régimen de ahorro individual (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. realizado en septiembre de 1998. En consecuencia, ordenar a la AFP anular los registros de afiliación y trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y el valor cotizado al fondo de garantía de pensión mínima. Ordenar a Colpensiones reactivar la afiliación y actualizar la historia laboral. Así mismo, se disponga a las demandadas pagar las demás acciones, o valores de carácter ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 5 de marzo de 1961, se afilió al régimen de prima media el 1 de febrero de 1985, cotizo 642 semanas. El 1 septiembre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A., luego cambió horizontalmente a ING hoy Protección S.A. y retorno a Porvenir el 1 de febrero de 2003. Adujo que no recibió información sobre las características de cada régimen y las consecuencias del cambio de acuerdo a sus circunstancias personales incluido que apenas le faltaban 7 años para acreditar el número de semanas exigido en RPM. Refirió que para el 31 de mayo de 2020 cuenta con 1.759 semanas cotizadas y que Porvenir S.A. le informó que a los 62 años su mesada pensional será de \$2.630.600. Por su cuenta determinó que la pensión en Colpensiones sería de \$6.272.283. Finalmente, que presento reclamación administrativa ante Colpensiones (expediente digital, documento 01 fls. 19 a 47, 64 a 93 subsanación).

La AFP Porvenir S.A rechazó las peticiones del escrito inaugural. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las declarables oficiosamente. Alegó que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, pues fue suscrito voluntariamente por el demandante persona plenamente capaz y fue ratificado con los traslados horizontales (expediente digital, documento 10 fls. 2 a 35).

La AFP Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del actor. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, *«reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»*, *«inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por*

falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», traslado de aportes y las declarables oficiosamente. En su defensa argumentó actúa al amparo del régimen jurídico y la buena fe, por ello cada uno de sus afiliados ha ejercido el derecho a seleccionar el RAIS de forma voluntaria (expediente digital, documento 11 fls. 3 a 20).

Colpensiones se opuso al éxito de las peticiones. Admitió la data de natalicio del accionante, el traslado a la AFP Porvenir S.A. y la reclamación administrativa. Manifestó que no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacias de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, *«inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adiciono el artículo 48 de la Constitución Política)»*, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses manifestó que la sostenibilidad financiera del sistema puede verse afectada al permitir que personas que no han contribuido al fondo común puedan obtener el reconocimiento de una prestación del mismo (expediente digital, documento 12 fls. 3 a 25).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 17 de febrero de 2022 (expediente digital, documento 28), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación que hizo el señor Ricardo Arturo Naranjo al régimen de ahorro individual a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en el año 1998 de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor Ricardo Arturo Naranjo nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de

Pensiones-Colpensiones, todos los valores que hubiera recibido, con motivo de la afiliación del señor Ricardo Naranjo como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, esto significa que se deben trasladar lo que tenga el demandante en su cuenta de ahorro individual al momento que se haga efectivo el traslado, junto con haya deducido por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por el demandante, conforme a lo motivado.

CUARTO: ORDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, lo que haya deducido por concepto de gastos de administración de los aportes a pensión efectuados por el demandante.

QUITO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al recibir al señor Ricardo Arturo Naranjo, como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral una vez recibida estos dineros que le debe trasladar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y así como de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección.

SEXTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas.

SÉPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: En el evento que la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones no interponga recurso de apelación contra la presente sentencia remítase el expediente a la sala de la decisión laboral del Honorable Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Porvenir no acreditó haber cumplido con el deber de brindar al potencial afiliado información que le permitiera efectuar el traslado de régimen con plena libertad, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. aspira que se revoque la decisión, en tanto no se demostró la configuración de algún vicio del consentimiento. Adujo que el traslado se materializó con la suscripción del formulario correspondiente que no fue tachado como falso y fue ratificado con las cotizaciones y traslados horizontales. Precisó que el actor se encuentra incurso en prohibición de retornar a RPM en razón de la edad y la inconformidad en el monto de la mesada no es argumentó válido para retornar.

De otra parte, rechazó la devolución de gastos de administración, pues estas sumas fueron descontadas por mandato legal, mantuvieron cubierto al actor frente a las contingencias de invalidez y muerte, compensaron la gestión de la AFP que generó rendimientos en la cuenta individual, los que adicionalmente se ordena retornar. Señaló que estos recursos no integran el capital con el que se financiará la pensión por ello son susceptibles de prescribir.

La AFP Protección S.A., reclama revocar la decisión en tanto dispuso la devolución de gastos de administración y seguros previsionales a Colpensiones, como quiera que estas sumas fueron descontadas en aplicación de la normatividad correspondiente y cumplieron unas finalidades específicas como lo son la contraprestación a la administración que produjo rendimientos y la cobertura para los riesgos de invalidez y muerte. Arguyó que la sentencia, desconoce los efectos de las restituciones mutuas propias de la figura de la ineficacia y puede generar un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones quien no administro estos dineros. Señaló que el actor no está vinculado a esta AFP y cuando realizó el cambio horizontal fueron trasladados todos sus recursos. Señaló que ni los costos de administración, ni los seguros previsionales, integran el capital de pensión por ello son susceptibles de prescribir.

Colpensiones reclama la revocatoria de la sentencia bajo el argumento que es un tercero ajeno al acto declarado nulo, por ello no está llamada a sumir las consecuencias negativas de la decisión. Preciso que la sentencia atenta contra el equilibrio financiero del sistema, porque se afectaría la reserva pensional. Adujo que el actor está incurso en una prohibición legal de cambiar de régimen. Solicitó condenar a la AFP que incumplió el deber de información a pagar los perjuicios económicos que genera el retorno al RPM en virtud de la teoría del daño.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del*

sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

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

V. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió al ISS el 1 de enero de 1988 (expediente virtual, documento 4 fls. 96 a 100), migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A. el 28 de agosto de 1998, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 10 fl. 84), en el que se puede leer:

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

Posteriormente cambió horizontalmente a la AFP ING hoy Protección S.A. el 1 de diciembre de 2001 y a partir del 1 de febrero de 2003 y en adelante a la AFP Porvenir S.A. (expediente digital, documento 10 fl. 82).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que para la época del traslado en la compañía que laboraba se adelantó una reunión en la que asesores de la AFP Porvenir S.A. advirtieron el eventual cierre del ISS y la opción de cambiarse para obtener mayores rendimientos

y mejores condiciones pensionales. Refirió que se trasladó a Protección con la promesa que el Instituto de Seguros Sociales se liquidaría. Señaló que no conoce con exactitud las particularidades del RAIS y confesó que el monto de la pensión es la razón que motiva su interés de retornar a régimen de prima media con prestación definida.

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.

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

En el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

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

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

Por tanto, Porvenir S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado el demandante, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se 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 Protección S.A., de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han*

debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES” (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será adicionada 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).

Como quiera el Juzgado declaró la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, la Sala modificará la decisión de primera instancia, para decretar únicamente la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión a deber de información se debe abordar desde esta institución en sentido estricto y no desde la óptica de la nulidad.

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 ante su no causación.

VI.DECISIÓN

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la decisión 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 y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones

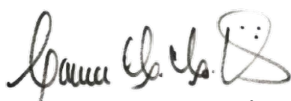
con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales 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 apelada 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.

QUINTO: CONFIRMAR en los 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

(En uso de permiso)

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 26 2021 00048 01
DEMANDANTE: ORLANDO RANGEL PIMIENTO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso interpuesto por la demandada AFP Protección S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de marzo de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la «*nulidad*» del traslado y afiliación del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual (RAIS) a través de la AFP ING hoy Protección S.A. realizado el 13 de julio de 1999. En consecuencia, ordenar a la AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en la cuenta individual, junto con las cotizaciones y rendimientos de la cuenta individual. Se ordene a la AFP pagar perjuicios causados. Así mismo, se reconozcan los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso en favor de la AFP (expediente digital, documento 01 fls. 3 a 20, subsanación documento 05 fls. 2 a 19).

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 3 de febrero de 1958. Prestó servicios al sector oficial como celador desde 1994. El 13 de

julio de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP ING hoy Protección S.A., con la promesa que obtendría una mejor pensión, debido a que los dineros serían *trabajados* en la bolsa y generarían mejor rendimientos, que accedería a la prestación con tres años de anticipación porque en el RAIS no se exigía acreditar los requisitos de edad o semanas. Refirió que firmó el formulario previamente diligenciado. Adujo que no recibió información, explicativa, completa y veraz sobre las características de cada régimen, sus ventajas, desventajas y las implicaciones del cambio conforme a su situación particular. Finalmente, que presentó reclamación administrativa ante Colpensiones (expediente digital, documento 01 fls. 3 a 20, subsanación fls. 2 a 19).

Colpensiones se opuso al éxito de las peticiones. Admitió la data de natalicio del accionante, la vinculación laboral al sector público y la reclamación administrativa. Manifestó que no le constan o no son ciertos los demás hechos. Formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos. En defensa de sus intereses manifestó que el actor se trasladó en ejercicio del derecho de libre selección de régimen, además se encuentra en una imposibilidad legal para trasladarse al RPM, en razón de su edad. Preciso que no es procedente ordenar el retorno de una persona que no ha contribuido a la constitución del fondo común (expediente digital, documento 10 fls. 3 a 18).

La AFP Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del actor, la vinculación laboral actual, el número de semanas cotizadas y el traslado a la AFP. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, *«reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se 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 oficiosamente. En su defensa argumentó actuó de buena fe, por ello cada uno de sus afiliados ha ejercido el derecho a seleccionar el RAIS de forma voluntaria (expediente digital, documento 12 fls. 3 a 28).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de marzo de 2022 (expediente digital, documento 18), resolvió:

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

SEGUNDO: CONDENAR al Fondo de Pensiones Protección a transferir a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos 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 Protección no acreditó haber cumplido con el deber de brindar al potencial afiliado información clara, suficiente y oportuna que le permitiera efectuar el traslado de régimen con plena libertad, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Protección S.A. apelo lo resuelto.

La AFP Protección S.A., reclama revocar la decisión en tanto dispuso la devolución de comisiones de administración y seguros previsionales, como quiera que estas sumas fueron descontadas por mandato legal y

cumplieron unas finalidades específicas. Señaló que mediante el pago mensual a un tercero de buena fe, se garantizó que la actora estuviera cubierta frente a las contingencias de invalidez o sobrevivencia, por ello estos dineros ya fueron consumidos y cumplieron su finalidad y en consecuencia la AFP se encuentra imposibilitada para recobrar estos dineros y enviarlos a Colpensiones.

Respecto de las comisiones de administración la deducción se realizó conforme disposición legal, válida, exequible, aplicable y vigente siendo comisiones ya pagadas y causadas. Arguyó que en caso de declararse la nulidad o ineficacia del traslado la consecuencia jurídica sería retrotraer las cosas a su estado anterior, y en el hipotético evento que se asuma que la AFP no realizó su gestión de administración y se ordene la devolución de estos conceptos, no debería proceder el traslado de los aportes junto con los rendimientos financieros generados, pues estos son producto de una buena gestión y administración y solo habría lugar a que se trasladen los aportes sin ningún otro emolumento, teniendo en cuenta que también son descuentos que realiza Colpensiones.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al

afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

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

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

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

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

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

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

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

V. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió al ISS el 16 de junio de 1994 (expediente virtual, documento 10 fls. 20 a 33), migró al RAIS, a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A. el 13 de julio de 1999, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 13 fl. 41), en el que se puede leer:

DE ACUERDO CON EL DECRETO 692 DE 1994 ARTICULO 11, HAGO CONSTAR QUE SELECCIÓN DE RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA EFECTUADA EN FORMA LIBRE ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG PARA QUE ADMINISTREN MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que para la época del traslado se encontraba en su lugar de trabajo donde llegaron asesores y le dijeron que se trasladara porque si el dólar subía su pensión sería más alta que en Colpensiones, e incluso superior al salario que devengaba, a más que podría pensionarse cuatro años antes de cumplir la edad o cuando quisiera. Manifestó que se trasladó voluntariamente, porque cayó en «tentación» y para la fecha solo contaba con quinto de primaria. Refirió que cuando quiso retornar a RPM le informaron que no podía hacerlo. Confesó que el monto de la pensión es la razón que motiva su interés de retornar a Colpensiones ya que el monto en el RAIS sería equivalente al mínimo, entre tanto en prima media ascendería a casi dos millones de pesos.

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.

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

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

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

Por tanto, Protección S.A. deberá 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.

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

VI.DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de marzo de 2022 , que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados

en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los 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

(En uso de permiso)

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 28 2019 00105 01
DEMANDANTE: HUGO ALBERTO LEÓN CÁRDENAS
DEMANDADO: COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES BUSES VERDES LIMITADA Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de abril de 2021. También el grado de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió proceso ordinario laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que estuvo vigente desde el 15 de enero de 1981 hasta el 15 de enero de 2003. Que Colpensiones no cumplió con la obligación de realizar el cobro coactivo de los periodos comprendidos entre octubre de 1984 al 15 de enero de 2003. En consecuencia, se condene a la demandada Cta Buses Verdes a pagar con base en el salario mínimo legal mensual vigente aportes a seguridad social a Colpensiones, más los intereses de mora correspondientes para los siguientes periodos

Desde	Hasta
10/1984	12/1984

01/85	02/1985
05/1985	12/1985
01/1986	12/1986
01/1987	12/1996
01/1997	09/1997
01/1999	12/2000
01/2001	09/2001
01/01/2003	15/01/2003

Condenar a Colpensiones a reconocerle y pagarle pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición, a partir del momento en que se causó el derecho, pagarle retroactivo pensional causado desde el 13 de mayo de 2014, la indexación correspondiente, los intereses moratorios. Así mismo, los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 15 de enero de 1981 se vinculó a la demandada mediante contrato verbal para desempeñarse como conductor, el vínculo se extendió por 22 años y finalizó el 15 de enero de 2003. Devengó como remuneración el salario mínimo legal mensual vigente. Adujo que Buses Verdes pagó aportes a seguridad social desde el inicio del vínculo, no obstante se abstuvo de realizarlo en los siguientes periodos:

Desde	Hasta
10/1984	12/1984
01/85	02/1985
05/1985	12/1985
01/1986	12/1986
01/1987	12/1996
01/1997	09/1997
01/1999	12/2000
01/2001	09/2001
01/01/2003	15/01/2003

Manifestó que se vio obligado a cotizar como independiente de octubre de 2001 a diciembre de 2002. El 13 de mayo de 2014, solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez. En respuesta la entidad mediante Resolución GNR 325486 del 18 de septiembre de 2014, negó la prestación, bajo el argumento que no acreditaba para la época 1.275 semanas. Mediante derecho de petición el 11 de diciembre de 2018, solicitó a la administradora adelantar el cobro coactivo de los periodos en mora, pero no obtuvo contestación (fls. 2 a 100).

Colpensiones rechazó el éxito de las aspiraciones. Admitió que el actor solicitó la pensión de vejez, que la prestación fue negada, que el actor solicitó el cobro coactivo de aportes en mora y que la entidad no dio respuesta. De los demás hechos dijo que no le constan. Propuso como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la relación contractual con el empleador moroso, inexistencia de cobro prejudicial y calculo actuarial presuntivo, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y buena fe (fls 60 a 63).

Cooperativa de transportadores Buses Verdes Ltda se opuso a las pretensiones. Aceptó que realizó aportes al ISS a partir del 15 de enero de 1981, que Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de vejez, que el actor solicitó adelantar cobro coactivo. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló la excepción previa de falta de jurisdicción y competencia y las de mérito de falta de legitimación de la causa en relación con la parte pasiva, inexistencia de la relación laboral, prescripción y cobro de lo no debido. En defensa de sus intereses, señaló que fue creada para prestar el servicio de transporte urbano, se encarga de organizar los turnos para cumplir con las rutas asignadas por la Secretaría de Tránsito, para tal fin contrató propietarios de vehículos que estaban en la libertad de elegir ser conductores o entregar a particulares contrato de arrendamiento del vehículo, sin que la cooperativa interviniera en esta negociaciones o tuviera responsabilidad respecto de los conductores (fls 83 a 92).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 16 de abril de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor Hugo Alberto León Cárdenas y la Cooperativa de Transportadores Buses Verdes Ltda existió un contrato de trabajo a Término indefinido, que inicio el 15 de enero de 1981 hasta el 15 de enero del año 2003, desempeñando el cargo de conductor y percibiendo como salario el mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, de conformidad en lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a Cooperativa de Transportadores Buses Verdes Ltda a cancelar a COLPENSIONES los aportes pensionales a favor del demandante Hugo Alberto León Cárdenas, por los siguientes periodos:

- De octubre a diciembre de 1984
- De enero a febrero de 1985
- De mayo de 1985 a diciembre de 1996
- De enero a septiembre de 1997
- De enero de 1999 a diciembre de 2000
- De enero a septiembre del año 2001
- Del 1 al 15 de enero del año 2013

Tomando como ingreso base a cotización el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, junto con los intereses de mora conforme se indicó en la parte motiva de esta sentencia

TERCERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas y no probados los demás medios exceptivos

CUARTO: CONDENAR a la demandada Colpensiones a reconocer la pensión de vejez en favor del demandante Hugo Alberto León Cárdenas conforme bajo los parámetros normativos del Acuerdo 049 de 1990, estos desde el 6 de febrero del año 2016, teniendo en cuenta la totalidad de las semanas cotizadas con una mesada pensional y un salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, junto con los incrementos anuales y por 14 mesadas al año, para lo cual deberá pagar el retroactivo desde esa fecha hasta cuando se incluya a la nómina de pensionado, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago, advirtiéndose que el reconocimiento pensional, procede una vez el empleador haya cancelado los aportes pensionales ordenados en esta sentencia.

QUINTO: ABSOLVER a Colpensiones de los intereses moratorios, solicitados en la demanda

SEXTO: Costas a cargo de la demandada Cooperativa de Transportes Buses Verdes Ltda. Señalándose como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

SÉPTIMO: Si la presente decisión no se apela, se deberá consultar al superior a favor de Colpensiones

En lo fundamental señaló que entre las partes existió un verdadero contrato laboral, pues el demandante demostró que prestó servicio a la cooperativa y esta se beneficiaba de su capacidad de trabajo, le imponía horarios, impartía órdenes y establecía la forma de remuneración. En

consecuencia definió que tenía a su cargo el pago de aportes a seguridad social. De otra parte, al tomar en consideración los periodos en mora y las semanas efectivamente cotizadas, concluyó que el accionante acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez, como beneficiario del régimen de transición. Se abstuvo de imponer condena por concepto de intereses moratorios, como quiera que solo con la sentencia se declara la existencia del contrato y se ordena el pago de aportes en mora. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de algunas mesadas pensionales.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Cooperativa de Transportes Buses Verdes solicitó revocar la sentencia al argumentar que entre las partes no existió una relación de trabajo, sino un acuerdo de carácter civil en el cual el actor fungió como propietario de un vehículo, libre de subordinación, a quien eventualmente se le autorizaba para que se desempeñara como conductor, sin cumplir horario y sin recibir remuneración, pues él obtenía su retribución del producido de su automotor.

De otra parte, sostuvo que con base en el interrogatorio de parte y los testimonios no es posible establecer los extremos de la relación, tampoco la continuidad en el servicio y aún menos la subordinación o el horario cumplido, lo que si dejaron ver los deponentes es que el accionante fue consocio de buses y por ello se le expidió un carnet que lo identificaba, pero que en manera alguna prueba la existencia de una relación laboral. Expuso que el carnet fue entregado por los diversos controles de la policía, pero este era proporcionado no solo a conductores, sino también a los propietarios de los vehículos. Resaltó que no es admisible que el actor no haya informado consistentemente sobre los periodos exactos en los cuales supuestamente prestó servicios.

Alegó que solo a partir de la expedición de la Ley 376 de 1996, se dispuso que las empresas de transporte debían vincular a los conductores

de buses, razón por la cual en todo caso no podría declararse la existencia de un contrato de trabajo con anterioridad a esta disposición.

Señaló que aunque obra un certificado, este fue expedido por el entonces cliente de la cooperativa y el extremo final allí consignado no concuerda con lo manifestado por el demandante y los testigos. Además no fue apreciado el documento en el que el actor aceptó que fue socio y copropietario y que solicitó la devolución de aportes de la cooperativa.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Colegiatura dilucidar en primer término si es posible declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la Cooperativa de Transportes buses Verdes y si en consecuencia el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez al amparo de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, tomando en consideración los aportes en mora a cargo del empleador.

Es verdad probada que Colpensiones mediante resolución GNR 325486 del 18 de septiembre de 2014 negó al demandante el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, al argumentar que apenas acreditaba 916 semanas cotizadas (fls 39 a 42).

Existencia de la relación laboral

Pues bien, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure un contrato de trabajo se requiere la

conurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

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

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

Al amparo de lo expuesto se adentra la Sala a verificar los medios de convicción allegados y encuentra que el demandante aportó certificado adiado del 16 de enero de 2003 (fl. 14), en el que se puede leer:

Que el señor HUGO ALBERTO LEÓN CÁRDENAS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.138.369 de Bogotá laboró en esta empresa como socio conductor, por un periodo de 30 años desde 1971 hasta el día 15 de enero de 2003, que el sueldo que devenga es de acuerdo con el número de pasajeros movilizados.

Dejamos constancia que los sueldos y prestaciones le eran cancelados directamente por el propietario (s) del vehículo(s) al señor LEON según acuerdo entre las dos partes.

Aportó igualmente, planillas de pago de aportes a seguridad social en las que aparece como empleadora la cooperativa de enero a diciembre de 1998, enero a mayo de 1999 (fls.15 a 31), también trajo carné en el que se identifica al actor como «CONDUCTOR VINCULADO», sin embargo, no presenta fecha de expedición o periodo de vigencia (fl. 32). Igualmente milita a folios34 a 37 historia laboral en la que se verifica que la cooperativa identificada con n.º 860032905 cotizó en favor del actor así:

Desde	Hasta
01/09/1997	30/09/1997
01/10/1997	31/12/1997
01/01/1998	31/12/1998
01/02/1999	31/03/1999
01/05/1999	31/05/1999

En el detalle de este documento, se ve reflejada novedad de retiro reportado por la cooperativa para mayo de 1999. También se puede leer que el demandante Hugo Alberto León identificado con n.º 17138369 cotizó como independiente en los siguientes periodos

Desde	Hasta
01/10/2001	31/12/2001
01/01/2002	31/12/2002

A folios 39 a 42, se verifica Resolución GNR 325486 del 18 de septiembre de 2014, mediante la cual le fue negada la pensión al actor en este documento se indica que el empleador Transportes Urbanos Samper Men realizó aportes en favor del demandante entre el 1 de enero de 2003 y

el 13 de enero de 2003, luego del 1 de febrero de 2003 al 28 de abril de 2006

A solicitud de la parte actora fueron decretados y escuchados los testimonios de Alfonso Caballero Bejarano y Gabriel García. El primero manifestó que ingresó a trabajar a la cooperativa en 1971 y permaneció vinculado hasta 2011, prestó servicios de manera continua como conductor, allí conoció al demandante como conductor, de varios buses, no sabe cuándo se retiró. Afirmó que cada uno trabajaba con propietarios de buses distintos y recibían el pago según el producido, tampoco sabe que días laboraba. Dijo que las órdenes de trabajo eran impartidas por el inspector de la empresa *«por determinado tiempo»* según el bus que le entregaran, sin ellas no se podían operar los vehículos y los despachadores eran los encargados de poner en ruta los vehículos. Desconoce si el actor fue vinculado a seguridad social en pensiones o suscribió contrato alguno con la cooperativa.

El deponente Gabriel García dijo que trabajó para la cooperativa de forma continua desde 1976 hasta 2004, primero como despachador y luego como conductor. Cuando ingresó el demandante ya venía vinculado y cuando se retiró el actor continuó allí. Expuso que el actor a veces figuraba como consocio con el propietario del vehículo, pero desconoce qué negocio había entre ellos. Manifestó: *«porque eso es cuestión interna de la empresa y de ellos como conductores. Uno tiene un acceso directo con cada patrón y la empresa que es la que apoya los carros, de resto hasta ahí no sé más»*. *«en una época parecía que tuviera un contrato pero ya con el patrón, como consocio, pero no se más para adelante ... (...) en una época en unos pedazos solo era como conductor»*. Refirió que recibían órdenes de los inspectores quienes organizaban las rutas, pues en la semana no estaban en una única ruta. No sabe que cumpliera horario salían en la mañana y podían vararse. Desconoce el detalle de días que laboró el actor. Dijo que personalmente no tuvo problema, pues su empleador le cancelaba los aportes a seguridad social.

Al absolver interrogatorio de parte el representante legal de la cooperativa Jenny Gil manifestó asumió el cargo el 25 de agosto de 2020, ha podido evidenciar que se realizan aportes al sistema de seguridad social en favor de los conductores desde el año 2005. Sostuvo que el demandante firmó contrato de vinculación de vehículo como propietario, desconoce las razones por las cuales aparecen aportes en pensiones en la década de los 80. Refirió que tiene entendido que el carnet era entregado por control a los vehículos, para que no se presentaran rutas piratas. Aceptó que Anni Espitia se desempeñó como subgerente en el año 2003.

Al rendir declaración de parte el demandante señor Hugo Alberto León Cárdenas manifestó que se desempeñó como conductor, aceptó que por arreglos con los propietarios de los vehículos en algunas oportunidades ejerció como consocio, pero solo fue en los inicios de la cooperativa, después se desempeñó como conductor fijo. Señaló que en 1993, laboró con el carro del señor *Misael Vargas, el señor Soto y otros socios*. Nunca apareció como propietario en las tarjetas de propiedad de ninguno de los vehículos que condujo, apenas se mencionaba como consocio para evadir algunos pagos incluso con la DIAN.

La demandada aportó como prueba documental «CONTRATO DE VINCULACIÓN DE VEHÍCULO AUTOMOTOR» en el que el actor es relacionado como propietario del vehículo de placas SAF -575 modelo 1971 (fls. 94 y 95). Documentos adiados del 6 de julio y 11 de diciembre de 2.000, en los que Mauricio Cárdenas Lesmes en calidad de Gerente de la cooperativa, autoriza al accionante para que en su nombre y representación le sea entregado el vehículo SAF -575 modelo 1971, afiliado a la Cooperativa de Transportadores Buses Verdes (fl. 96). Misiva dirigida a la Secretaría de Tránsito y Transporte del 27 de diciembre de 2.000, en la que Mauricio Cárdenas Lesmes y José M Vargas Perilla comunican que han llegado al acuerdo de desvincular al vehículo para efectos de cancelación de la matrícula (fl. 99).

Analizadas en conjunto las pruebas allegadas al expediente, estima la Sala que la parte actora logró demostrar que prestó sus servicios

personales a la demandada Cooperativa de Transportes Buses Verdes, por lo que obra en su favor la presunción que dicha labor estuvo regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole al empleador probar que la relación fue independiente y sin subordinación, es decir, acreditar el hecho contrario al presumido. Situación que no alcanza a materializarse por el solo hecho que el trabajador hubiese firmado un contrato de vinculación de un vehículo automotor (fl. 94 y 95), o porque se indique que ostentó la calidad de consocio de dicho automotor, pues en el proceso no aparece acreditado con la tarjeta de propiedad que dicha circunstancia efectivamente se materializó en el mundo jurídico. Es más, el Gerente de la cooperativa al menos en dos oportunidades autorizó que el vehículo de placas SAF 575 fuera entregado al demandante, lo que no resulta lógico si realmente era propietario.

También se desvirtúa la calidad de propietario del automotor con la misiva allegada por la demandada en la cual Mauricio Cárdenas Lesmes y José M Vargas Perilla solicitan la cancelación de la matrícula del vehículo, acto en el que no intervino el trabajador como supuesto propietario.

En adición, la Sala encuentra que las actividades ejecutadas por el demandante lo fueron de manera subordinada, habida cuenta que el trabajador estaba sometido a las órdenes que supervisor impartiera, para asignar las rutas que debía cubrir, según lo informaron los testigos quienes fueron compañeros del actor y adelantaron la misma actividad y dijeron que el horario no estaba determinado, pues salían en la mañana y podían presentarse múltiples circunstancias.

De otra parte, en cuanto a la continuidad del servicio, estima la Sala que la misma se encuentra desmostada pues los testigos Alfonso Caballero Bejarano y Gabriel García dieron cuenta de la misma ya que el primero afirmó haber prestado servicios a la cooperativa desde 1971 hasta 2011 y el segundo a partir de 1976 y hasta 2004 periodo en el cual vieron al actor desempeñarse como conductor de varios vehículos y recibir órdenes, se reitera de los inspectores.

Ahora, no pasa por alto la colegiatura que el demandante admitió que en una época figuró como consocio, pero no se demostró cual era la implicación de tal figura o sus alcances, pues lo cierto es que también señaló que nunca figuro en la tarjeta de propiedad de algún vehículo y la demandada no demostró algo distinto.

De conformidad con las consideraciones expuestas resulta claro que la demandada faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa dado que aunque alegó que el demandante no fue su trabajador, no logró desvirtuar la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo.

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

Estima la Sala que aunque la demandada certificó la existencia del vínculo laboral a partir del 15 de enero de 1971, en el libelo introductorio se petitionó declarar como extremo inicial el 15 de febrero de 1981 y así lo hizo el Juez. De otro lado, estima la Sala que no es procedente declarar que la relación laboral estuvo vigente hasta el 15 de enero de 2003, como quiera que según el reporte de semanas cotizadas (fl 34) y la Resolución GNR 325486 del 18 de septiembre de 2014 (fls. 39 a 42), el empleador Transportes Urbanos Samper Mendoza cotizó a partir del 1 de enero de 2003 hasta el 13 de enero de 2003. En consecuencia se tomará como extremo final el 31 de diciembre de 2002 y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia, por tanto se revocará la sentencia en cuanto ordenó pagar aportes del 1 al 15 de enero de 2003.

Régimen de transición

Se verifica que 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 o tasa de emplazo, de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Se observa que el demandante a 1 de abril de 1994 contaba 48 años, dado que nació el 10 de noviembre de 1945 (fl. 47). De conformidad con el reporte de Colpensiones para dicha data contaba con 821,86 semanas cotizadas; de suerte que tanto por la edad, como por el número de semanas cotizadas es beneficiario de transición. Conviene señalar que en el conteo fueron tomados en consideración los aportes en mora cuyo pago ordenó el Juzgado.

Ahora, no puede olvidarse que el parágrafo 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 asunto el actor acreditaba las 1.399 semanas a la entrada en vigencia del referido acto.

Pensión de vejez

Bajo ese panorama, estima la Sala que es procedente reconocerle la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, pues el demandante acreditó 1000 semanas para septiembre de 1997 esto es con anterioridad a la fecha límite dispuesta por el Acto Legislativo 01 de 2005. Así las cosas el accionante causó el derecho a la pensión el 10 de noviembre de 2005, cuando alcanzó los 60 años de edad y acreditaba más de 1.000 semanas cotizadas.

Disponen los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, que el retiro o desafiliación del sistema es un requisito necesario para el disfrute y pago de la pensión, pero no para la causación o reconocimiento del derecho. En el asunto de marras el demandante realizó su último aporte para el periodo

De conformidad con la historia laboral de folios 34 a 38, el demandante realizó su última cotización para el periodo mayo de 2012, a través del empleador Cooperativa Integral. En consecuencia tendría derecho al pago de las mesadas a partir del 1 de junio de 2012, empero la solicitud de pensión fue elevada el 13 de mayo de 2014 y la demandada respondió de forma negativa mediante Resolución GNR 325486 del 18 de septiembre de 2014 y el actor solamente presentó la demanda hasta el 6 de febrero de 2019, esto es, superado el término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo, por lo que el fenómeno extintivo de la prescripción afectó las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 5 de febrero de 2016, como acertadamente concluyó el Juzgado.

De otra parte, la prestación fue reconocida en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente y como quiera que no puede ser otorgada por una suma inferior se confirmará en este punto. Ahora, en el entendido que la prestación se causó en noviembre de 2005 y es equivalente al salario mínimo, el promotor del juicio tiene derecho a que sea reconocida y pagada a razón de 14 mesadas al año.

Por otro lado, como quiera que el actor no está llamado a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo Colpensiones deberá cancelar cada una de las mesadas debidamente indexadas desde que se hicieron exigibles hasta que se verifique el pago de la obligación.

Importa destacar que Colpensiones solamente tendrá la obligación de pagar la prestación una vez reciba el pago de los aportes en mora de

parte del empleador Cooperativa de Transportes Buses Verdes, pues se verifica en el reporte de semanas que al menos desde mayo de 1995, fue registrada la novedad de retiro, razón por la cual la entidad no tenía la obligación de adelantar acciones de cobro, al menos desde este periodo y hasta diciembre de 2012.

No se causan costas en la consulta ni en la apelación.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

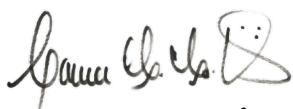
PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 16 de abril de 2021 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá para, en su lugar, únicamente en el sentido de indicar que el extremo final del contrato de trabajo corresponde al 31 de diciembre de 2002.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia apelada únicamente en el sentido de absolver a la demandada Cooperativa de Transportes Buses Verdes de pagar aportes en mora correspondientes al periodo causado entre el 1 y el 15 de enero de 2003.

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

CUARTO: Sin COSTAS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

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 29 2019 00243 01
DEMANDANTE: CAROLINA SÁNCHEZ ROMERO
DEMANDADO: TRANSPORTES SAFERBO S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de mayo de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare entre las partes existió un contrato de trabajo que fue terminado unilateralmente por el empleador. En consecuencia se condene a la demandada a reconocer y pagar indemnización por terminación injustificada de la relación laboral, sanción moratoria, indexación correspondiente. Así mismo a pagar los derechos que resulten probados en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que el 8 de octubre de 2013, se vinculó a la demandada, mediante contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñarse como analista de servicio al cliente. Percibió como último salario \$1.944.006. Adujo que mediante oficio del 19 de octubre de 2018, le fue informada la terminación unilateral del contrato, bajo el supuesto de reorganización y cambios de tipo administrativo a nivel de Dirección General.

Manifestó que en memorial fechado del 13 de noviembre de 2018, se indicó que la terminación era sin justa causa, no obstante no le fue liquidada ni pagada la indemnización correspondiente. Refirió que la liquidación final del contrato de trabajo fue cancelada transcurridos 23 días de la terminación del contrato. Adujo que su núcleo familiar ha sido perturbado ya que es madre cabeza de familia, afectando sus relaciones personales y sociales a falta de la porción del ingreso base de sostenimiento (fls 31 a 35)

Transportes Saferbo S.A. se opuso a prosperidad de las pretensiones, salvo las relacionadas con la declaración de existencia del contrato y la terminación unilateral. Admitió que la existencia del contrato a término indefinido y sus extremos. De los demás hechos, dijo que no son ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, *«falta de causa que fundamente la pretensión indemnizatoria a que alude el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo e indebida tasación de la misma»*, *«validez del pacto de exclusión salarial celebrado en su momento entre el empleador y la trabajadora conforme a las disposiciones contenidas en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990»*, indebido cálculo y tasación de la indemnización moratoria solicitada. En su defensa expuso que la ley y la jurisprudencia permiten excluir de la base para liquidar los aportes parafiscales, los pagos acordados por las partes como no constitutivos de salario. Argumentó que el pacto de desalarización suscrito con la actora está revestido de eficacia en la medida que recayó sobre pagos que no remuneraron el servicio, puntualmente la bonificación por cumplimiento de metas asignadas a la regional (fls. 75 a 85).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 6 de mayo de 2021 (fls 105 y 106), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que existió un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante Carolina Sánchez Romero en calidad de trabajadora y la demanda Transportes Saferbo S.A. en calidad de

empleadora entre el 8 de octubre de 2013 al 19 de octubre de 2018. Devengando como salario base de liquidación la suma de \$1.944.006.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Transportes Saferbo S.A. al pago de la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social, por la suma de \$7.167.430.21 a favor de la demandante Carolina Sánchez Romero debidamente indexado de conformidad con el IPC certificado por el DANE al momento de su pago.

TERCERO: CONDENAR a Transportes Saferbo S.A a cancelar a la demandante señora Carolina Sánchez Romero por concepto de d el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social, por la suma de \$1.296.004.

CUARTO: CONDENAR a la demandada Transportes Saferbo S.A. a pagar las costas del proceso incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000.

En lo fundamental, señaló que la demanda aceptó la existencia de la relación laboral. Definió conforme a la misiva entregada a la actora que la terminación fue unilateral e injusta, razón por la cual ordenó el pago de la indemnización correspondiente. Concluyó que las partes pactaron en el contrato de trabajo que la liquidación final debía ser cancelada transcurridos 10 días hábiles después de la terminación del contrato, empero la demandada supero dicho término motivo por el cual le ordenó pagar sanción moratoria.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada apeló lo resuelto al argumentar que no es cierto como concluyó el Juzgado que la base salarial no fue objeto de discusión, pues el asunto fue rebatido desde las excepciones donde se expuso que fue pactada con la demandante cláusula válida de exclusión salarial respecto de la bonificación, que la misma demandante reconoció era otorgada por el cumplimiento de metas.

De otra parte, solicitó revocar la sanción moratoria, pues las partes pactaron cláusula según la cual el término para pagar la liquidación era de 10 días hábiles, que no fueron superados por la empresa.

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 definir si hay lugar a modificar la base salarial utilizada para liquidar la indemnización por despido injustificado y si la liquidación final fue cancelada dentro del término pactado por las partes

Se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que entre las partes existió un contrato de trabajo que estuvo vigente desde el 8 de octubre de 2013 hasta el 19 de octubre de 2018, cuando la demandada decidió ponerle fin sin que mediara justa causa. Circunstancias que pueden verificarse con el contrato de trabajo (fls. 20 a 22) y la misiva de despido (fl.24).

Sea lo primero señalar que el Juzgado consideró que en el proceso ninguna de las pretensiones estuvo encaminada a discutir la base salarial devengada por la accionante y al remitirse a la liquidación final de prestaciones evidenció que allí quedó consignado como salario promedio mensual la suma de \$1.944.006, razón por la cual tomó esta suma como base para liquidar las condenas.

No obstante, al verificar el libelo introductorio evidencia la Colegitura que en el hecho tercero se expone que la actora *«recibió como asignación salarial, según liquidación de prestaciones sociales la suma de un millón novecientos cuarenta y cuatro mil cero seis pesos m/cte COP (\$1.944.006) (fl 31) y al contestar este supuesto fáctico la demandada señaló:*

AL 3. No es cierto. La asignación básica salarial percibida por la demandante, en el último año laborado, ascendió a \$1.305.483. Al momento de liquidar las prestaciones definitivas y **–sólo para este efecto–** se promediaron todos ingresos salariales y no salariales percibidos durante el último año, incluyendo un reconocimiento dado cuando se cumplían metas del presupuesto. Por lo tanto, no es cierto que el salario promedio durante la relación laboral corresponda a la cifra indicada en el hecho y promediada en la liquidación definitiva.

Bajo este panorama, es claro que el salario percibido por la demandante sí fue objeto de debate y por tanto no era procedente tomar de

tajo, el señalado en la liquidación final de prestaciones, para establecer las condenas impuestas, sin el análisis previo del carácter salarial de la bonificación pagada, al cual se adentra la Sala ahora

De conformidad con los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1.º 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 (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277).

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha resaltado la función social del salario al referir que constituye un elemento esencial del trabajo subordinado y sirve de fuente principal de sostenimiento para el trabajador y su familia, además de ser parámetro fundamental para la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y aportes a la seguridad social, por consiguiente, resulta de gran importancia su definición y delimitación en cada caso. Sobre este particular, en la sentencia CSJ SL5159-2018 reiterada en SL 5146-2020, expresó:

En cuanto a su función, el salario, además de ser el valor con el que el empresario retribuye el servicio o la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, también cumple una misión socioeconómica al procurar el mantenimiento o subsistencia del trabajador y su familia. Por esto, a nivel constitucional y legal goza de especial protección a través de un articulado que garantiza su movilidad, irrenunciabilidad, inembargabilidad, pago, igualdad salarial, prohibición de cesión, garantía de salario mínimo, descuentos prohibidos, entre otros (arts. 53 CP y 127 y ss. CST).

Adicionalmente, la definición del salario es un asunto sensible para el trabajador, su familia y su futuro de cara a las contingencias a las que está expuesto. A partir de él se determina la base de liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, cotizaciones a la seguridad social y parafiscales, así como el valor de los subsidios por incapacidad laboral, indemnizaciones a cargo del sistema de riesgos laborales, pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia. De allí la importancia de que en su fijación se tengan en cuenta los elementos retributivos del trabajo.

Por su parte, el artículo 128 de la misma obra sustantiva laboral señala que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero

o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes.

Conforme a lo expuesto, se concluye que 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.

Por tal motivo, no es válido para las partes que en uso de la posibilidad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, despojen de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa inmediata es el servicio prestado, así lo ha considerado también la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en radicado n.º 39475, 13 jun. 2012, reiterada en SL12220-2017, en donde indicó que: *«la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo»*

Paralelamente, la misma Corporación en sentencia radicado n.º 35771 de 1º feb. 2011, acerca de los pactos no salariales, puntualizó:

Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.

Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que

responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado.

Igualmente, en los términos de la sentencia CSJ SL5159-2018 reiterada en SL 5146-2020, la forma de armonizar y entender adecuadamente esta facultad se traduce en que los referidos pactos de «desalarización» solo pueden recaer sobre *«aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario»*, tales como los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. En dicha decisión, refirió:

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, 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», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.

La Corte también ha precisado que es el empleador el que tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la

de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159-2018).

En síntesis, conforme a la línea jurisprudencial sentada por el máximo Órgano de cierre de la jurisdicción laboral, a efectos de verificar la naturaleza salarial de los pagos efectuados por el empleador al trabajador, es necesario tener en cuenta que: *i*). En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas (art. 53 C. Pol), lo que recibe el empleado como directa contraprestación del servicio, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que le den las partes. *ii*). El criterio conclusivo o de cierre para determinar si un pago es o no salario, consiste en establecer si se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo realizado, es decir, que el salario se define por su finalidad o destino. *iii*). Acreditada por parte del trabajador la periodicidad, habitualidad y permanencia del pago realizado, le corresponde al empleador la carga de probar que la destinación de dicho estipendio tiene una causa distinta a la prestación personal del servicio y, por tanto, con carácter no remunerativo. *iv*). Por cuenta de la parte final del art. 128 del Código Sustantivo del Trabajo, el acuerdo entre las partes orientado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial debe ser expreso, claro, preciso y detallado en los rubros que cobija, por ello, la duda sobre si un emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo del servicio, en tal sentido, las partes no pueden despojar de incidencia salarial un pago que por esencia lo es. (CSJ SL986-2021).

De conformidad con el contrato de trabajo de folios 20 y 21, suscrito el 8 de octubre de 2013, la demandada, fue vinculada para desempeñarse como Ejecutivo de Servicio al Cliente con una remuneración mensual de \$841.568. El 1 de julio de 2014, pasó a desempeñar el cargo de Analista de Servicio al Cliente, con un salario de \$1.100.000 (fl. 22), de conformidad con las planillas de pago de aportes a seguridad social y parafiscales de los meses de julio, agosto y septiembre de 2018, el salario base de cotización fue de \$1.305.483 (fls 28 a 30).

La demandada aportó a folios 65 a 70 documentos denominados Acumulados 2018 – 2019, empero se trata de documentos que individualmente señalan de manera no muy clara los conceptos devengados y deducidos del 2013 a 218, en todos se relaciona como «*BÁSICO MES 1.305.483*». Particularmente para el 2018, se totaliza la suma de \$19.996.758 como devengados (fl 70).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que como remuneración percibía la suma de \$1.865.000 que incluían \$550.000 por concepto de bonificación, más adelante dijo que el salario básico ascendía a \$1.400.000, más una bonificación de \$550.000, que le pagaban por cumplimiento de indicadores.

Analizados en conjunto los medios de prueba concluye la Sala que la demandante no demostró haber pactado con la demandada el pago de bonificación mensual y aunque al rendir declaración de parte aceptó que la misma le era cancelada no demostró que el pago fuera habitual, que retribuyera su gestión o que haya ingresado a su patrimonio.

Empero, ello no es óbice para modificar la sentencia de primera instancia, pues la demandada en ninguno de los reportes de sumas canceladas año a año, visibles a folios 65 a 70 incluyó el concepto bonificaciones, tampoco lo relacionó en la liquidación de prestaciones, ni demostró haberlo cancelado. Lo que si se verifica, es que a la actora le eran pagadas horas extras y trabajo dominical, conceptos que indefectiblemente son constitutivos de salario.

En consecuencia, como quiera que la demandada no demostró que la diferencia entre la base que utilizó para pagar aportes a seguridad social \$1.305.483 y la suma por ella determinada como salario promedio para pagar la liquidación final incluyó conceptos no constitutivos de este, resulta forzoso confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

Por otro lado, las partes acordaron en la cláusula octava del contrato de trabajo:

OCTAVA: en consideración a que toda liquidación y pago de prestaciones y salarios exige varios días para obtener los datos contables, hacer la liquidación definitiva, aprobarla, girar cheques etc y en muchos casos es necesario comprobar que el trabajador no ha incurrido en actos que puedan afectar dicha operación, las partes convienen en señalar un término de 10 días hábiles que se considera razonable para estos efectos contados a partir de la fecha de terminación del contrato, término dentro del cual la empresa podrá liquidar y pagar los salarios y prestaciones debidos, sin que por ello incurra en mora ni quede obligada a la indemnización de salarios caídos en los términos del artículo 65 del código sustantivo de trabajo.

Es verdad probada que la demandada puso fin al vínculo laboral el 19 de octubre de 2018, por tanto, de conformidad con la cláusula contractual tenía hasta el 2 de noviembre de 2018 para pagar la liquidación final; sin embargo, solo lo hizo hasta 23 de noviembre de 2018, según consta en cheque de folio 95. En consecuencia no es cierto como se alega en el recurso que pagó dentro del plazo pactado.

Como quiera que la demandada no expuso argumentos adicionales para revocar la condena por concepto de sanción moratoria, resulta forzoso confirmar la decisión de primera instancia también en este punto.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

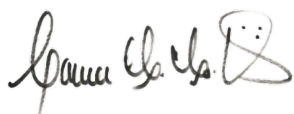
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de mayo de 2021 por el Juzgado Veintinueve 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

(En uso de permiso)

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 30 2019 00222 01
DEMANDANTE: ANDRÉS ALFONSO ÁRIAS VARGAS
DEMANDADO: ASESORES PROFESIONALES EN SEGURIDAD LTDA
APROSER LTDA, GONZALO ÁLVAREZ SILVA Y
MARÍA YOLANDA HERNÁNDEZ SALGADO.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de julio de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la existencia de contratos de trabajo a término indefinido del 16 de febrero de 2016 hasta el 24 de abril de 2016 y desde el 24 de mayo de 2016 al 1 de julio de 2016. En consecuencia, se condene solidariamente a los demandados a pagar cesantías, intereses a las cesantías, diferencia de la prima, vacaciones, trabajo nocturno, trabajo extra diurno y nocturno, dominicales ordinarios, horas extras diurnas y nocturnas laboradas en dominicales y festivos, sanción moratoria, indemnización por despido sin justa. A reconocer los derechos a que hubiere lugar, en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó servicios como guarda de seguridad a Asesores Profesionales en Seguridad Ltda, de la cual son socios Gonzalo Álvarez Silva y María Yolanda Hernández Salgado. Devengó como salario la suma de \$1.050.000 mensuales. Ejecutó sus

funciones en el Centro Comercial Casa Blanca en dos periodos 16 de febrero de 2016 hasta el 24 de abril de 2016 y desde el 24 de mayo de 2016 al 1 de julio de 2016. Debía cumplir horario de 6:00 a.m. a 6:00 p.m. o de 6:00 p.m. a 6:00 a.m., un día en la noche y otro en la jornada diurna, disfrutaba de un día de descanso a la semana. Adujo que no le cancelaron horas extras diurnas, nocturnas, tampoco los recargos correspondientes a dominicales y festivos.

Refirió que la dotación que le fue entregada había sido usada por otros vigilantes y le exigieron devolverla para a su vez asignarla a otro guarda. No le fueron canceladas, prestaciones sociales, ni disfruto de vacaciones. Manifestó que el contrato terminó el 1 de julio de 2016, por causas imputables al empleador (fls. 64 a 79).

Asesores Profesionales en Seguridad Ltda Aproser Ltda y Gonzalo Álvarez Silva rechazaron las aspiraciones. Admitieron la calidad de socios de Gonzalo Álvarez Silva y María Yolanda Hernández Salgado, que al demandante no le fueron liquidadas ni canceladas horas extras, tampoco pagadas primas de servicio. Manifestaron no ser ciertos los demás hechos. Propusieron la excepción previa de prescripción y las de mérito de inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, mala fe del demandante y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, señalaron que no existió relación laboral alguna con el demandante, por tanto no hay lugar a pagar ninguna prestación económica (fls. 132 a 141).

Por auto del 22 de mayo de 2019, se dispuso emplazar a María Yolanda Hernández Salgado (fl 142). Mediante proveído del 18 de julio de 2019 (fl. 146), el Juzgado aceptó el desistimiento de la demanda en contra de Hernández Salgado.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 17 de julio de 2020, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre el demandado Asesores Profesionales en Seguridad Ltda como empleador y el señor Andrés Alfonso Árias identificado con cédula de ciudadanía n.º 1.043.604.485 como trabajador, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 16 de febrero de 2016 al 24 de abril de 2016.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Asesores Profesionales en Seguridad Ltda. Al reconocimiento y pago a favor del demandante las siguientes cantidades y conceptos.

- A. \$198.333 por cesantías,
- B. \$4.495 por intereses a las cesantía
- C. \$198.333 por concepto de prima de servicios,
- D. \$99.166 por compensación en dinero de las vacaciones
- E. \$25.200.000 por indemnización artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo causada desde el día siguiente a la terminación del contrato hasta por 24 meses y a partir del mes 25 intereses moratorios a la tasa legal más alta establecida por la Superfinanciera y hasta que se haga el pago
- F. Al pago de los aportes en pensiones a Colpensiones teniendo en cuenta como salario la suma de \$1.050.000 por el periodo declarado del 16 de febrero al 24 de abril de 2016..

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

CUARTO: DECLARAR probadas parcialmente las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia del derecho con respecto a las pretensiones no reconocidas en la presente sentencia.

QUINTO: DECLARAR solidariamente responsable al señor Gonzalo Álvarez Silva de las condenas impuesta en esta sentencia.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada Asesores Profesionales en Seguridad Ltda y a la persona natural demandada Gonzalo Álvarez Silva. Liquidense por secretaría e inclúyanse como agencia en derecho a favor del demandante la suma de \$1.500.000

En lo fundamental señaló que el actor logró demostrar la prestación personal del servicio por lo que declaró la existencia del vínculo laboral. Concluyó que la demandada desde la contestación no alegó haber actuado de buena fe, por el contrario negó la existencia del contrato y se abstuvo de pagar las acreencias a las que tenía derecho el promotor, razones por las que le ordenó pagar sanción moratoria.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada solicitó revocar la sentencia en cuanto la condenó a pagar sanción moratoria, al argumentar que demostró que obró de buena fe, pues razonadamente creyó no deber nada al demandante, pues cuando fue suscrita la transacción y el demandante recibió el dinero correspondiente, entendió que no adeudaba ninguna suma adicional y que

el actor había aceptado conciliar las sumas que se creía se debían. Solicitó valorar el documento referido, que no fue tachado por el actor y en consecuencia, se imparta absolución por la sanción señalada.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si la demandada está llamada a reconocer y pagar sanción moratoria al actor o por el hecho de haber suscrito acuerdo de transacción debe entenderse que actuó de buena fe.

Se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 16 de febrero de 2016 al 24 de abril de 2016, que generó en favor del accionante el pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, pues así lo declaró la Jueza y las partes no presentaron oposición.

Pues bien, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo no cubra al trabajador los salarios y prestaciones sociales, de allí que la misma procede cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En ese sentido, ha decantado la jurisprudencia laboral que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento asumido por el empleador en su condición de deudor moroso; y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos expuestos por la defensa son razonables y aceptables, al punto que pueda considerarse un comportamiento de buena fe (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529, CSJ SL8216-2016 y CSJ SL3936-2018).

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

En el *sub lite* en audiencia obligatoria de conciliación, adelantada el 23 de enero de 2020, la apoderada de la parte demandada, manifestó al Juzgado que el demandado Gonzalo Álvarez representante legal de la también demandada Asesores Profesionales en Seguridad Ltda, le informó vía whatsapp, que llegó a un acuerdo conciliatorio con el actor. El Juez le solicitó enviar el documento al correo electrónico del despacho y al revisarlo determinó que no era posible establecer la forma de pago de la suma acordada de \$3.800.000, tampoco verificar si efectivamente se realizó el pago y en todo caso evidenció que se hacía referencia a las mismas partes, pero a un número de proceso ordinario diferente, esto es 16 2019 00188 y como quiera que ni el demandante, ni el demandado comparecieron a la audiencia para ratificar el contenido del documento, continuó con las demás etapas procesales.

En el transcurso de la audiencia el apoderado del demandante en uso de la palabra, puso de presente que Andrés Alfonso Árias Vargas vía whatsapp, le informó que no es cierto que haya recibido ningún pago de la parte demandante. Por solicitud del Juez los audios fueron reproducidos y grabados en audiencia, en ellos el actor manifiesta categórica y reiterativamente que no es cierto que le hayan pagado, además solicita que

le muestren la prueba y refiere que de haberse efectuado algún pago este sería únicamente el de los aportes a seguridad social.

Ahora, como quiera que el demandado Gonzalo Álvarez no compareció ni a la audiencia obligatoria de conciliación, ni a absolver interrogatorio de parte, se logró desvirtuar el desconocimiento del promotor del juicio.

A más de lo anterior, pese a que la relación laboral terminó el 24 de abril de 2016, la cuestionada transacción habría sido suscrita pasados más de tres años, esto es, el 5 de septiembre de 2019(fl's 149 y 150), por tanto no es de recibo el argumento de apelación según el cual el demandado al transar creyó razonablemente que no debía suma alguna al actor, pues las acreencias laborales deben cancelarse una vez finaliza el vínculo, no pasadas varias anualidades.

Así las cosas, resulta claro para la Colegiatura que la actuación de la demandada, en manera alguna puede ser considerada de buena fe, porque al contestar el libelo introductorio fue insistente en señalar que no había existido relación laboral con el actor, empero con posterioridad allegó un supuesto acuerdo transaccional que fue abierta y categóricamente desconocido por el demandante.

Así las cosas la parte actora faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues aunque alega que actuó de buena fe no demostró tal circunstancia, por lo que resulta forzoso conformar la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a la parte demandada apagar solidariamente sanción moratoria por no pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato.

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 17 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXAND RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

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 31 2015 00226 01.
DEMANDANTE: MILTÓN RAMIRO CASTRO AGUDELO.
DEMANDADO: TERRAFLORES SAS CI

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

SENTENCIA

La Sala decide en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de enero de 2021.

ANTECEDENTES

El accionante convocó a juicio a la demanda para que sea condenada a pagar intereses a las cesantías, horas extras, aportes al sistema de seguridad social en pensiones desde el 2 de enero de 1999, dotaciones de los últimos tres años. Así mismo a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que la demandada lo vinculó el 2 de enero de 1999, mediante contrato verbal para desempeñar oficios varios en la finca de su propiedad, laboró horas extras. Devengó como último salario \$700.000. Adujo que presentó renuncia voluntaria el 1 de abril de 2012. En vigencia del vínculo no le fueron canceladas horas extras, intereses a las cesantías, ni entregadas dotaciones, tampoco fue afiliado a pensiones (fls. 2 a 5).

Por auto del 21 de junio de 2021, fue designado curador *ad litem* quien al contestar la demanda manifestó atenerse a lo que resulte probado en juicio. De los hechos dijo que ninguno de ellos le consta. Formuló como excepciones las declarables oficiosamente (expediente digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de enero de 2021, absolvió a la demandada y gravó a la parte demandante con las costas del proceso.

En lo fundamental, señaló que la parte actora no probó la prestación personal del servicio, por tanto no es procedente declarar la existencia de un vínculo de trabajo y en consecuencia tampoco es posible ordenar el pago de acreencia laboral alguna.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Colegiatura definir si es procedente declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo y si en consecuencia la demandada debe ser condenada a pagar acreencias laborales reclamadas en el libelo introductorio.

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del

contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii*) la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii*) la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

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

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

Estima la colegiatura que el demandante faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, como quiera que por ningún medio demostró siquiera que prestó servicios a la demandada. En efecto, el único medio de convicción que allegó fue el certificado de existencia y representación de la demandada,

documento que ni siquiera se constituye en un indicio de la ejecución de labores en favor de la enjuiciada.

Así las cosas, la Sala no cuenta con elementos de convicción que permitan modificar la decisión absolutoria analizada, por lo que la misma será confirmada.

No se causan costas en el grado de consulta.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de enero de 2021 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

SEGUNDO: No se causan costas en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

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 031 2019 00705 02.
DEMANDANTE: LILIA MERCEDES SALAZAR SALAZAR
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de noviembre de 2021.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso,

a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de “*congruencia interna*” que, según la Sala de Casación Laboral “(...) *exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive*” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214-2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «*nulidad*» del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). En consecuencia, se ordene a la AFP Protección S.A. devolver al RPM todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus rendimientos e intereses. Se condene a Colpensiones a continuar con la afiliación. A las demandadas a pagar sumas de dinero debidamente indexadas y a

reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus peticiones, narró que cotizó de la siguiente manera:

Entidad	Desde	Hasta
Colpensiones	13/02/1987	30/04/1994
Porvenir	01/05/1994	30/07/1994
Colpensiones	01/02/1995	30/09/01995
Porvenir	01/10/1995	31/12/1995
Colpensiones	01/01/1996	16/02/1996
Porvenir	01/03/1996	30/06/1996
Colpensiones	01/08/1996	30/09/2000
Porvenir	01/10/2000	31/10/2006
Protección	01/01/2007	31/03/2019

Los aportes que realizó a Colpensiones fueron trasladados a Protección. Adujo que el asesor del fondo no le suministró la información necesaria para tomar la mejor decisión y ahora sabe que la pensión que recibirá en el RPM sería de \$3.745.822, teniendo en cuenta el IBL de los últimos 10 años. Finalmente, que solicitó a las demandadas su traslado de régimen, la cual fue negada (expediente digital, archivo 01 fls. 6 a 17).

Colpensiones rechazó las pretensiones. Admitió, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, el traslado de régimen, el traslado de aportes a Protección, la proyección pensional, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, 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, buena fe y las demás declarables oficiosamente. En su defensa argumentó que la demandante gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, y suscribió formulario de afiliación de manera libre, espontánea y sin presiones. Indicó que no le es procedente retornar al RPM por no ser

beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 01 fls. 54 a 70).

La AFP Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las peticiones. Aceptó la petición de traslado y su respuesta. Manifestó que no le constan los hechos restantes. Propuso la excepción previa de falta de integración del litis consorcio necesario por pasiva y las de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, «*inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa*» y las declarables de oficio. Indicó que la asesoría se brindó según la normatividad de la época, por lo que no es posible exigir al fondo acreditar requisitos incorporados en el ordenamiento jurídico con posterioridad al cambio. Sostuvo que el monto de la pensión no constituye un argumento válido para que quien está incurso en prohibición legal retorne a RPM (expediente digital, archivo 01 fls. 102 a 123).

Por auto del 27 de febrero de 2020, se dispuso vincular a la AFP Porvenir S.A. en calidad de *litis* consorcio necesario (fl. 186). La que al contestar se opuso al éxito de las pretensiones. Manifestó que no le constan la totalidad de los hechos. Formuló 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. Adujo que la actora persona plenamente capaz se afilió de forma consiente y espontánea en las condiciones previstas en la ley para la época. Refirió que la accionante no cumplió sus deberes como consumidor financiero y actualmente se encuentra incurso en prohibición legal para retornar a RPM (expediente digital, archivo 07 fls. 33 a 52).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 9 de noviembre de 2021 (expediente digital, archivo 31), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante Lilia Mercedes Salazar Salazar a las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a la vinculada a la Litis Protección S.A. (sic) como quiera que el traslado que realizó la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad es válido, no se encuentra viciado de nulidad.

CONDENAR a la demandante al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.

Como quiera que el resultado de la presente sentencia fue adverso a los intereses de la demandante se concede en grado jurisdiccional de consulta en el evento en que la sentencia no sea apelada.

Como sustento de su decisión, señaló que en ninguno de los hechos de la demanda se hizo alusión a Porvenir, fondo de pensiones con el que realmente se realizó el traslado de régimen. Concluyó que conforme al interrogatorio, es claro que la demandante al momento del cambio tenía la información básica exigida para el año 1994, esto es, la posibilidad de pensionarse anticipadamente, de retirar el dinero de la cuenta individual, de la existencia de bonos pensionales y la generación de intereses, por lo que es dable concluir que Porvenir cumplió con el deber de información a su cargo en el momento de traslado de régimen. Además que la AFP Protección también brindó información al traslado entre fondos.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La actora pretende la revocatoria de la sentencia bajo el argumento que el fondo no brindó asesoría clara y concreta respecto de los beneficios que podría obtener en cada régimen, ya que no aportó documental que acredite la entrega de información idónea. Sostuvo que los traslados horizontales no son prueba del cumplimiento de los deberes de las AFP y la firma del formulario apenas demuestra el consentimiento pero no informado, por lo que no sustituye la obligación de las AFP de dar a conocer a los afiliados los riesgos y consecuencias del cambio de régimen. Solicitó que se revoque el fallo y se ordene a la AFP Protección devolver al RPM todos los valores que hubiere recibido como motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la

aseguradora, con todos sus rendimientos e intereses y así mismo, se condene a Colpensiones a continuar con la afiliación.

IV. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y*

oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

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

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

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

V. CASO CONCRETO

Según historia laboral expedida por Colpensiones, la actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 13 de febrero de 1987 (expediente digital, archivo 01 fl. 31), migró al RAIS, administrado por la AFP Porvenir S.A. el 13 de abril de 1994, mediante la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 07 fl. 61) en el que se puede leer:

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

Posteriormente, se trasladó horizontalmente a ING el 1 de enero de 2007 y a partir del 31 de diciembre de 2012, en adelante a la AFP Protección S.A. según historial de vinculaciones expedido por Asofondos (expediente digital, archivo 01 fl. 147).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para 1994, laboraba como docente, asesores del fondo privado le informaron que «*no había mucha seguridad*» de que Instituto de los Seguros Sociales siguiera pensionando a las personas. Entre tanto en la AFP podría

pensionarse de manera anticipada o podría retirar el dinero. Indicó que no realizó preguntas. Señaló que algunas veces recibió por correo extractos, pero no los comprende. Refirió que se trasladó horizontalmente a ING porque le ofrecieron mejores garantías, siempre le ofrecían ventajas, pero no le informaron lo que podía perder con Colpensiones. Adujo que su inconformidad radica en la falta de información y la diferencia del monto de la mesada pensional. Refirió que se acercó al fondo privado a averiguar cuál sería la pensión que recibiría y si podía obtenerla de manera anticipada. Confesó que le hablaron de los aportes voluntarios, pero no los realizó, tampoco recuerda las especificaciones del producto. Adujo que conocía los requisitos para pensionarse en el RPM y supo que el Instituto de Seguros Sociales no desapareció, sino que se convirtió en Colpensiones entidad en la cual se han pensionado sus hermanos.

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

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

Importa señalar que la Sala de Casación Laboral reiteró 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).

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

Así las cosas, la Sala revocará la decisión de primera instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión del deber de información se debe abordar desde esta institución en sentido estricto y no desde la óptica de la nulidad.

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

Por tanto, la AFP Protección S.A. administradora en la cual se encuentra actualmente vinculada la afiliada, deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, junto con los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones

(CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A. de devolver las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia la obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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 pensiones, y así se indicará en la parte resolutive de esta sentencia.

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.

Por último, vale destacar que aunque la demanda no haya sido dirigida en contra de Provenir S.A. administradora con la cual se realizó el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, el Juez como director del proceso está llamado a interpretar la demanda, máxime cuando esta administradora fue vinculada en calidad de Litis consorte necesario y tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción, por tanto el derecho sustancial debe prevalecer y cumplirse con las finalidades del proceso.

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

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de noviembre de 2021, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el

Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar también 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. 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.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones recibir los dineros provenientes de Protección S.A. y Porvenir S.A., y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

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

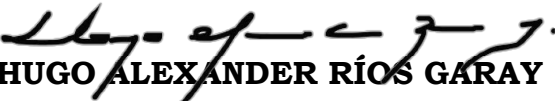
QUINTO: Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 033 2014 00105 01
DEMANDANTE: VÍCTOR DANILO VARGAS SALCEDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP

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

SENTENCIA

Estudia la Sala en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de junio de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se reconozca la calidad de afiliado a Colpensiones en razón del traslado masivo realizado de Cajanal al Instituto de Seguro Social el 1° de julio de 2009 y disponga el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

En respaldo de sus pretensiones, narró que labora en la Procuraduría General de la Nación desde agosto de 1991. Se afilió a la AFP Colfondos S.A el 1° de septiembre de 1994, pasó a la AFP Porvenir S.A. el 4 de mayo de 1995, luego en junio de 1996 se vinculó a la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal. Refirió que el 21 de mayo de 2010 solicitó a Porvenir información sobre el reintegro de sus aportes a Cajanal, la AFP contestó informando que los dineros fueron girados al Instituto de Seguro

Social, por el “*proceso de no vinculados*”. Refirió que Colfondos el 21 de septiembre de 2010, le informó que la afiliación se encontraba inactiva desde el 18 de noviembre de 1996, por su parte Cajanal mediante misiva del 2 de mayo de 2011, le comunicó que presentaba aportes desde diciembre de 1996 hasta julio de 2009. Manifestó que instauró acción de tutela en virtud de la cual la Ugpp contestó que la Procuraduría General de la Nación, certificó la entidad a la cual realizó los aportes a pensiones en su favor. En noviembre de 2013, Colpensiones certificó que fue trasladado al RAIS desde septiembre de 1994 (fl. 2 a 8, subsanación 266 a 271).

Por auto del 19 de septiembre de 2018 el Juzgado ordenó vincular en calidad de litis consorte necesario por pasiva a las AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A. y a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP (fl. 272)

Al contestar Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, refirió que no le constan los relacionados con las solicitudes presentadas a terceros y sus respuestas. Manifestó que los demás son ciertos. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, principio de buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y las demás declarables oficiosamente (fl. 295 a 299).

La AFP Colfondos S.A. manifestó que no le corresponde pronunciarse frente a las pretensiones. Aceptó la afiliación al fondo, la petición presentada y la acción de tutela interpuesta. Manifestó no constarle los restantes hechos. En su defensa, propuso las excepciones de validez de la afiliación con Colfondos, inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos S.A., buena fe, prescripción y las demás declarables de oficio (fl. 335 a 340).

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP se opuso a las

pretensiones. Admitió los hechos excepto, el relacionado con la respuesta dada por Colpensiones. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de condena en costas, pago de los intereses moratorios y las demás declarables oficiosamente (fl. 317 a 323 subsanación 347 a 353).

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. manifestó que no se opone ni acepta las pretensiones. Únicamente aceptó que el actor elevó petición de información. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Para enervar las pretensiones, invocó las excepciones de inexistencia de la obligación, la prescripción, la buena fe, la compensación, el cobro de lo no debido y las declarables oficiosamente (fl. 378 a 381).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de junio de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que Víctor Danilo Vargas Salcedo identificado con cédula de ciudadanía 19.310.119, actualmente se encuentra afiliado en forma efectiva a la administradora del régimen de prima media con prestación definida Colpensiones.

SEGUNDO: Ordenar a Colfondos el traslado de todos los aportes y dineros en la cuenta de ahorro individual del señor Víctor Danilo Vargas Salcedo a COLPENSIONES tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora junto con intereses y rendimientos.

TERCERO: ORDENAR a Colfondos realizar el traslado de todos los dineros existentes por concepto de comisiones, gastos de administración que se generaron durante el tiempo de afiliación al RAIS por ser la entidad responsable del traslado del régimen conforme a las consideraciones expuestas en esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES el traslado de las sumas anteriormente descritas así como reactivar la afiliación del señor Víctor Danilo Vargas Salcedo

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, respecto de la pretensiones planteadas por la parte demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia

SEXTO: ABSOLVER a Porvenir y Ugpp de las pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante.

SÉPTIMO: costas a cargo de Colfondos y Colpensiones, agencias en derecho cada una tres salario mínimos legales mensuales vigentes, en favor del demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que el demandante solicitó el traslado del régimen de ahorro individual al de prima media el 15 de julio de 1996, momento para el cual le faltaban más de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez y no se probó que con posterioridad hubiera diligenciado una nueva solicitud para regresar al RAIS con cualquiera de sus AFP. Concluyó que Cajanal trasladó masivamente al Instituto de Seguro Social las cotizaciones realizadas en favor del promotor y aunque con posterioridad los recursos fueron enviados por rezagos a la AFP Colfondos, esa situación no se compadece con la realidad, ni conduce a establecer la validez de la afiliación con este fondo privado.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión.

III. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura determinar si el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones está integrado por dos regímenes que coexisten, pero son excluyentes, por ello, aunque la afiliación es obligatoria, el legislador dispuso la selección libre y voluntaria de uno u otro y fijó reglas para la movilidad entre ambos.

En tal sentido, el estatuto de seguridad social dispone en su artículo 13, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003:

(...)

Artículo 13. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

(...)

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo [271](#) de la presente ley.

(...)

e. Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;

Conforme a la norma parcialmente transcrita cada persona está facultada para elegir *«libre y voluntariamente»* el régimen que mejor le convenga conforme a sus características personales, familiares y laborales. Esta libertad de escogencia se materializa en la vinculación inicial o en los traslados, sin perjuicio de que en todos los casos deba corresponder a un *«consentimiento informado»*; es decir, fruto de la debida asesoría por parte de los diferentes agentes del sistema, para discernir *«a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole»* (CSJ SL1452-2019).

Por su parte, el literal e) reitera ese derecho del afiliado y precisa que, una vez efectuada la selección inicial, los traslados entre regímenes están sujetos a dos condiciones: la permanencia o antigüedad de 5 años en el régimen al cual se está vinculado y que no falten menos de 10 años para cumplir la edad mínima para acceder a la pensión de vejez (CSJ SL 3457-2021).

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre el particular ha precisado que la *«garantía de escoger régimen pensional es una expresión de la protección del derecho fundamental a la seguridad social, en vista del carácter obligatorio e irrenunciable de este último (artículo 48 de la Constitución Política). También, que resulta relevante para preservar el equilibrio y la articulación del sistema, a la luz del principio de unidad*

consagrado en el literal e, artículo 2, de la Ley 100 de 1993» (CSJ SL 3457-2021).

Bajo estas premisas procede la Sala a analizar los elementos probatorios obrantes en el plenario y se verifica a folios 13 a 17, certificado de información laboral n.º 2013-0032 emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública el 12 de febrero de 2013, en el que se indica que Víctor Danilo Vargas Salcedo prestó servicios al Fondo Nacional de Bienestar Social – Liquidado desde el 2 de septiembre de 1976 hasta el 27 de agosto de 1985, periodo en el cual los aportes para pensión fueron realizados a Cajanal.

Obra formulario de afiliación a la AFP Colfondos, adiado del 19 de mayo de 1994, en el que se diligenció la casilla correspondiente a traslado de régimen, también se puede leer que en los datos del empleador se relacionó a la Procuraduría General de la Nación (fl. 19). También fue aportado formulario de traslado a la AFP Porvenir S.A., que data del 4 de mayo de 1995 (fl 20), comunicación emitida por esta administradora el 22 de julio de 1996 y dirigida a la Procuraduría General de la Nación en la que informó:

En respuesta a su solicitud de Julio 15 de 1996, le comunico que ha sido aceptada la desafiliación del señor Víctor Danilo Vargas Salcedo.

Igualmente le informo que el reintegro de los aportes está en trámite a Cajanal y deberán seguir siendo consignados oportunamente a Cajanal.

A folio 23 milita respuesta dada por Colfondos a derecho de petición elevado por el afiliado en la que se puede leer:

1. Usted presentó afiliación con fecha de suscripción 19 de agosto de 1994, la cual se encuentra inactiva en el Fondo de Pensiones Obligatorias Colfondos Moderado administrado por Colfondos S.A. desde el 18 de noviembre de 1996, dado que se encuentra trasladada al Fondo de Pensiones Porvenir, así:

Fecha de traslado: 18 de noviembre de 1996

Valor traslado: \$ 463.435,00 (Cuatrocientos sesenta y tres mil cuatrocientos treinta y cinco pesos m/c)

2. Así mismo, le informamos que los aportes que realizaron después de haber generado s traslado al ISS, fueron recibidos por concepto de Pensiones Obligatorias consignado a su nombre y fueron trasladados en ese momento al ISS, por reportarla dicho fondo como afiliada en ese periodo. Adjuntamos reporte de los mismos.

Puede verificarse conforme a derecho de petición del 21 de mayo de 2010 (fls. 26), que el actor solicitó a Porvenir S.A. le informara la razón por la cual aparecía con afiliación vigente, si desde 1996 había solicitado el traslado de régimen. Igualmente, petición elevada a la misma administradora el 9 de noviembre de 2010 (fl. 27) en la que le requiere el traslado de aportes al Instituto de Seguros Sociales para poder tramitar la pensión de vejez.

Mediante misiva del 29 de junio de 2010, Porvenir S.A. comunicó a la Coordinación de Devolución de Aportes del ISS, que el 24 de junio de esa anualidad consignó \$6.679.690.711 correspondientes a 46.942 rezagos (fl. 30). Cajanal EICE en Liquidación el 2 de mayo de 2011 (fls. 31 a 35) informó al actor:

Nos permitimos informarle que revisada la base de datos de la Coordinación de Registro Nacional de Afiliados, actualizada al 19 de abril de 2011; se encontraron aportes en pensión a nombre del señor (a) Vargas Salcedo con información del mes de diciembre de 1996 al mes de junio de 2009 en forma discontinua de acuerdo a relación anexa. Es importante manifestarle que CAJANAL EICE en liquidación no posee archivos históricos que le permitan certificar la fecha de afiliación, el tiempo, ni el valor cotizado en pensiones con anterioridad al 01 de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993 en razón a que los aportes se liquidaban en forma global por Entidad y no por cada afiliado.

Ahora, el 21 de marzo de 2013, la Procuraduría General de la Nación informó al demandante que en su favor realizó aportes a Cajanal desde agosto de 1991 hasta febrero de 2013 (fl. 36 a 43). No obstante Colfondos el 6 de mayo de 2013 (fl. 44), informó al promotor del juicio:

Después de realizar un análisis en nuestro sistema central y en el sistema de información de las administradoras de pensiones (SIAFP) Le podemos informar que usted se encuentra activo en Colfondos, Es necesario que radique una solicitud de traslado ante Colpensiones para que se abra el trámite y así se realicen las validaciones que son necesarias para poder realizar el traslado de régimen.

De otra parte, fueron allegadas planillas de pago de aportes a seguridad social folios 45 a 67, con las cuales se demuestra que el empleador Procuraduría General de la Nación para los años 2009 a 2013, cotizó en favor del actor para el sistema de pensiones a «*Colpensiones- Cajanal*».

El Juzgado Cincuenta Penal Municipal con Función de Control de Garantías, mediante fallo de tutela del 24 de junio de 2013 (fls. 68 a 77), dispuso tutelar parcialmente el derecho fundamental al debido proceso impetrado por Vargas Salcedo y en consecuencia, ordenó a Colpensiones, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales y a la AFP Colfondos *«que de manera inmediata procedan a aclararle al señor Víctor Danilo Vargas Salcedo, su estado de afiliación, una vez evaluado lo anterior, procedan de manera conjunta a realizar el estudio de viabilidad, sobre el traslado de los aportes pensional»*

Colpensiones mediante misiva adiada del 2 de agosto de 2013, informó al actor que *«su afiliación al Régimen Subsidiado presenta retiro a partir del 30 de junio de 2012»* además le indicó que era necesario que validara con el Consorcio Prosperar el estado de afiliación (fl. 78) y en comunicación del 13 de noviembre de 2013 (fl 97), le expuso que verificadas las bases de datos de Asofondos encontró que estaba trasladado a partir del 1 de septiembre de 1994 a la AFP Colfondos. La entidad el 27 de enero de 2014 (fl. 104), además informó que los aportes cancelados a Colpensiones *«que no corresponden a nuestra entidad serán trasladados a la Administradora donde el afiliado se encuentra, una vez se determine por ciclo la entidad correspondiente»*. De otro lado, el patrimonio autónomo de remanentes Cajanal EICE en correo electrónico fechado 4 de diciembre de 2013 (fl. 98) señaló:

De los archivos entregados por la extinta Cajanal EICE en Liquidación para entrega a la UGPP en virtud del Decreto 1222 de 2013, se evidencia que el señor Víctor Danilo Vargas Salcedo identificado con C.C. 19.310.119, fue trasladado al ISS mediante comunicación Liq 3723 de 2009 suscrita por la entonces liquidadora Doctora Julia Gladys Rodríguez D Alemán.

De igual manera se pudo verificar que dicho traslado fue legalizado mediante Acta de formalización de entrega de afiliados cotizantes de la Caja Nacional de Previsión Social CAaanal EICE en liquidación al ISS, suscrita el 25 de septiembre de 2009.

Del análisis conjunto de los medios de convicción señalados extrae la Colegiatura que el demandante inició su vida laboral el 2 de septiembre de 1976 a través del Departamento Administrativo de la Función Pública, entidad que cotizo para pensiones a Cajanal hasta el 27 de agosto de 1985. Luego, el 9 de septiembre de 1985, se vinculó con el empleador Aviomar Ltda,

que lo afilió al Instituto de Seguros Sociales y realizó aportes hasta el 16 de julio de 1991 (fl 123). A partir de agosto de 1991, el actor prestó servicios a la Procuraduría General de la Nación entidad que efectuó la cotización para pensión a Cajanal hasta febrero de 2013 (fls 36 a 43).

Ahora bien, resulta claro que el accionante solicitó el traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad el 19 de mayo de 1994 a través de la AFP Colfondos (fl 19), luego decidió cambiarse horizontalmente a la AFP Porvenir S.A. el 4 de mayo de 1995 (fl. 20) y esta administradora mediante comunicación del 22 de julio de 1996 informó al empleador Procuraduría General de la Nación que aceptaba la «desafiliación» de Vargas Salcedo y que debería seguir cotizando a Cajanal (fl. 21).

Se encuentra probado entonces que Porvenir S.A. AFP a la cual se encontraba válidamente afiliado el actor, por efecto del traslado entre administradoras del RAIS, aceptó su desvinculación, comunicó el hecho al empleador y le indicó que en adelante las cotizaciones deberían efectuarse a Cajanal (fl. 21). Esto lleva a concluir que no hay razón válida para que en la actualidad aparezca vinculado a la AFP Colfondos, pues esta dejó de administrar la cuenta individual, incluso antes que se produjera el retorno al régimen de prima media en virtud del traslado horizontal.

No pasa por alto que para 1996, estaba vigente el literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su texto original, que disponía que los filiados al Sistema General de Pensiones podrían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional.

Entonces, como quiera que el actor se trasladó al RAIS en mayo de 1994, es claro que para 1996, cuando retorno al régimen de prima media no había superado el término trienal previsto en la norma, empero se verifica con la misiva de Porvenir que en el retorno a Cajanal medió la aceptación del fondo y tal circunstancia no puede en manera alguna ser ahora desconocida,

pues tuvo efectos en la manera en cómo fueron realizados los aportes a partir de ese momento, dado que el empleador cotizó en adelante a Cajanal, no por capricho o por voluntad del trabajador Mora Salcedo, sino con respaldo en lo resuelto por el fondo.

Vale la pena recordar que el cruce de información entre administradoras de los dos regímenes solamente pudo realizarse y finalizarse con base en procesos tecnológicos de manera adecuada, durante los años 2006 y 2007, esto es, más de 12 años después de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, impase que generó que muchas personas presentaran inconsistencia en cuanto a su afiliación y cotizaciones, pues reflejaban vinculaciones simultáneas o aparentes, aportes en rezagos o sin vinculación, para sanear estas situaciones de manera definitiva, hubo que expedir decretos. Por tanto, no resulta descabellado que en el caso del demandante se hubiere generado una falencia en el cruce de la información, pero esa circunstancia en manera alguna tiene la entidad de dejar sin efecto situaciones consolidadas, como lo fue el retorno a RPM del actor, debidamente comunicado al empleador y ratificado con aportes por más de 12 años y el reconocimiento de una pensión de vejez cuyo estado desconoce la Sala en la actualidad, pero que fue objeto del proceso n.º. 110013105033201400466-1 (ver cuaderno anexo Corte Suprema de Justicia).

Bajo este panorama, concluye la Colegiatura que tal como acertadamente definió el Juzgado, el promotor del juicio se encuentra válidamente vinculado al régimen de prima media administrado por Colpensiones, por lo que la sentencia analizada será confirmada.

No se causan costas en el grado de consulta.

V. DECISIÓN

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

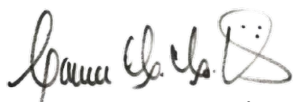
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de junio de 2021.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

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 33 2018 00350 01
DEMANDANTE: TOXEMENT S.A.
DEMANDADO: GUSTAVO MORA MEDELLÍN

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de abril de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 4 de febrero de 2014 hasta el 15 de septiembre de 2017, que para esta última data el demandado *«no notificó al empleador poseer pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%», «no se encontraba protegido por el denominado fuero de estabilidad laboral reforzada por su estado de salud toda vez que no cumplía con los criterios del artículo 1 de la Ley 361 de 1997, no poseía pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% y tampoco con los criterios establecidos por la H Corte Suprema de Justicia»*. En consecuencia, se declare eficaz el despido del señor Gustavo Mora Medellín por haberse ceñido a los términos legales y se disponga que deje de prestar servicios a la compañía desde la ejecutoria de la sentencia. Así mismo, Se ordenen los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 4 de febrero de 2014 vinculó al demandado mediante contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñarse como jefe de mantenimiento, dentro de sus funciones estaban entre otras, las de administrar y ejecutar los programas de mantenimiento, instalar y hacer mantenimiento de equipos, controlar el inventario, hacer interventoría a trabajos realizados por contratistas. Expuso que lo afilió al sistema de seguridad social integral y devengó como primer salario \$2.575.872 y para el año 2017, la remuneración ascendió a \$4.000.000.

Expuso que el 28 de febrero de 2014, Mora Medellín sufrió accidente de trabajo, que fue reportado por la compañía a la ARL Sura, la cual suministró las prestaciones asistenciales y económicas correspondientes y reporta a la fecha cerrado el caso. Refirió que al demandado no le fueron prescritas incapacidades, tampoco recomendaciones o restricciones médico laborales, ni le fue calificada pérdida de capacidad alguna; el 23 de noviembre de 2016, fue diagnosticado con dolor en el pecho no especificado y el 13 de marzo de 2017, con vértigos periféricos, ambas patologías de origen común que merecieron la generación de incapacidades médicas por 11 días en 2016 y 6 días en 2017.

Relató que el 15 de septiembre de 2017, la compañía decidió dar por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa, con el pago de la correspondiente indemnización y liquidación final, para esta data el trabajador no contaba con recomendaciones o restricciones médico laborales vigentes, no demostró padecer discapacidad severa o profunda. El 19 de septiembre del mismo año, le fue practicado examen ocupacional de egreso en el que quedó consignado que padecía enfermedad de origen común, pero sin incapacidad.

Mora Medellín instauró acción de tutela que correspondió por reparto al Juzgado 12 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, que mediante fallo del 23 de noviembre de 2017, negó por improcedente el amparo de los derechos invocados. Al conocer de la impugnación el Juzgado 15 Penal del Circuito con Función de

Conocimiento de Bogotá, mediante fallo del 31 de enero de 2018, revocó y en su lugar tuteló los derechos del trabajador y ordenó el reintegro y pago de salarios, prestaciones y aportes a seguridad social.

Señaló que en cumplimiento de la orden de tutela, el 22 de febrero de 2018, reintegró al demandado para desempeñar el cargo de jefe de mantenimiento y le asignó las funciones correspondientes y el 26 de abril de 2018, realizó los pagos dispuestos por el juzgado (fls. 1 a 16).

Por auto del 1 de marzo de 2020 se tuvo por no contestada la demanda (fl. 222)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de abril de 2021, declaró cosa juzgada constitucional y gravo en costas a la parte demandante.

En lo fundamental señaló que se configuró el fenómeno de la cosa juzgada constitucional que puede ser declarada oficiosamente, por ello no es posible revivir el debate jurídico, pues el juez constitucional emitió decisión de carácter definitivo, en la cual consideró y se pronunció expresamente sobre los problemas jurídicos que ahora son puestos en consideración de la jurisdicción ordinaria.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La compañía demandante implora se revoque la decisión al argumentar en síntesis que la decisión de tutela debió tener efecto transitorio y no definitivo, pues el amparo opera cuando no hay otro mecanismo de defensa, pero en el presente caso, existe y es el proceso ordinario en el que el Juez Laboral estaba llamado a determinar si era viable la protección en atención a fuero de salud.

Señaló que con el fallo de tutela la empresa fue asaltada en la buena fe, pues el Juez no cumplió con la transitoriedad del amparo. Arguyó *«Hoy aceptar la tesis de que todas las acciones de tutela que hayan sido condenadas se deben tener como cosa juzgada constitucional traería al traste la jurisdicción ordinaria de todas las ramas»*. Además sostuvo que en la acción constitucional no obró dictamen de pérdida de capacidad laboral, incluso a la fecha no ha habido calificación. Alegó que debe tomarse en consideración que el fallo de tutela fue proferido sin atender lo previsto en el Decreto Reglamentario 2591 de 1991, por tanto el juez natural debe nuevamente tomar las riendas del proceso y garantizar a los asociados el acceso a la justicia en igualdad de condiciones y aplicar las normas sustantivas y laborales.

Refirió que si bien la cosa juzgada puede ser declarada de oficio, debió ser solicitada por el demandado, pero no lo hizo pues en todo caso se tuvo por no contestada la demanda.

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 ha operado la cosa juzgada.

Pues bien, dicha figura jurídica ha sido concebida como la atribución o capacidad definitiva de un pronunciamiento de concluir o culminar un litigio, que en palabras de la Corte Constitucional se entiende «es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica. De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al

juez su libre determinación, y, en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio. De esta manera se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico».

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al fenómeno de la cosa juzgada cuando previamente ha sido proferida una decisión de tutela ha señalado que no es posible para ninguna autoridad, revocar o confirmar las órdenes ejecutoriadas del amparo constitucional cuando han sido proferidas con carácter definitivo. Así, en sentencia CSJ SL15882-2017, rememorada en CSJ SL14203-2020 dejó sentado:

Hoy la legalidad se incorpora en la constitucionalidad y, por consiguiente, debe aceptarse que la cosa juzgada constitucional de los fallos de tutela definitivos –no transitorios- impide que la jurisdicción ordinaria vuelva a tratar y decidir un asunto definido en sede constitucional.

De esta manera, el plano constitucional y el legal no son dos dimensiones ubicadas en espacios paralelos; ambos interactúan en un mismo universo jurídico y, por tanto, no puede aseverarse que las resoluciones inimpugnables y definitivas derivadas de fallos de tutela pueden ser revividas por el juez ordinario, bajo la idea errada de que este actúa en un mundo extraño al imperio de la Constitución.

Ambos jueces –constitucional y ordinario-, se repite, operan en un mismo orden jurídico y, en esa medida, la posibilidad planteada por el recurrente de que la justicia ordinaria pueda modificar lo resuelto con efectos de cosa juzgada por la jurisdicción constitucional, raya con la coherencia normativa que caracteriza los sistemas jurídicos modernos y con los postulados de seguridad jurídica, buena fe y certeza, esenciales para la paz social y la estabilidad de un Estado constitucional de derecho.

[...]

Finalmente, no está por demás señalar que la circunstancia de que la Corte Suprema de Justicia sea respetuosa del instituto de la cosa juzgada constitucional y de las sentencias dictadas por otras jurisdicciones, no significa, de suyo, que en todos los casos, esta comparta los planteamientos jurídicos de los jueces de tutela. En su calidad de máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (art. 234 CP), esta Corporación tiene autonomía e independencia en la construcción de la doctrina laboral y la

interpretación con autoridad, de las normas que componen el Derecho del Trabajo.

Con el objeto de verificar si en el presente asunto se ha configurado la cosa juzgada es necesario indagar lo analizado en la acción constitucional, para lo cual, la Sala se remite a la sentencias que fueron aportadas por la demandada a folios 58 a 68, 69 a 79 y la aclaración de folio 150.

Pues bien, de conformidad con estos documentos, ante Juzgado Doce Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá D.C. Gustavo Mora Medellín solicitó el amparo de los derechos fundamentales a la salud, vida, igualdad, dignidad humana, seguridad social, trabajo, mínimo vital y estabilidad laboral reforzada; para el efecto expuso que fue despedido el 15 de septiembre de 2017, sin consideración a su estado de salud. Mediante fallo del 23 de noviembre de 2017, el Juzgado negó el amparo deprecado (fls 58 a 68).

Al conocer de la impugnación el Juzgado Quince Penal de Circuito con Funciones de Conocimiento mediante decisión del 31 de enero de 2018, revocó la decisión inicial y en su lugar ordenó al representante legal de la demandada que dentro de las 48 horas, contadas a partir de la notificación de la providencia, reintegrara a sus labores a Mora Medellín y le pagara salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir y aportes a l sistema de seguridad social dejadas de cancelar desde la terminación del contrato (fls. 69 a 79). Mediante auto del 15 de febrero de 2018, el Juzgado explicó que de conformidad con su providencia el reintegro fue ordenado de manera definitiva y por periodo indefinido (fl. 150).

De la lectura del fallo de tutela de segunda instancia, se extrae que el Juez constitucional determinó que el accionante era sujeto de estabilidad laboral reforzada en atención a su condición de salud, por ello, ordenó el reintegro sin solución de continuidad, con el consecuente pago de salarios y demás acreencias laborales. Además consideró que en estos

eventos para que proceda la terminación del contrato debía mediar autorización del ministerio de Trabajo.

Puestas las cosas de esta manera, los asuntos allí considerados son los mismos que se plantean en el asunto puesto en consideración de la jurisdicción ordinaria, por lo que tal como acertadamente concluyó el *a quo* se configura la cosa juzgada constitucional y por tanto, resulta forzoso confirmar la sentencia absolutoria 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 23 de abril de 2021 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Radicación n.º 110013105 33 2018 00350 01.

Magistrado

(En uso de permiso)

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 35 2017 00721 01
DEMANDANTE: MIGUEL ÁNGEL GERENA SANTANA, GUSTAVO
QUINTERO LEÓN, HERNANDO QUINTERO LEÓN Y
JOSÉ DEL CARMEN QUINTERO LEÓN
DEMANDADO: DETERGENTES LIMITADA.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de septiembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

Los accionantes pretenden que se declare la existencia de sendos contratos de trabajo con la demandada así:

Demandante	Inicio	Fin
José del Carmen Quintero León	05/01/1988	01/04/2017
Hernando Quintero León	03/01/1989	01/04/2017
Gustavo León quintero	10/01/1998	01/04/2017
Miguel Ángel Gerena Santana	05/01/1988	01/04/2017

En consecuencia, se ordene a la demandada a pagar aportes a seguridad social en salud, pensión, riesgos laborales y caja de compensación, a cancelarles subsidio de transporte, prestaciones sociales y vacaciones causadas en vigencia de cada vínculo. Sanción moratoria, intereses moratorios sobre las sumas adeudadas y sanción por no

afiliación a seguridad social. Así mismo, los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones expusieron que prestaron servicios a la demandada así:

Demandante	Nacimiento	Inicio	Fin	Cargo	Accidentes de trabajo
José del Carmen Quintero León	14/11/1965 51 años	05/01/1988	01/04/2017	estibador	Hace 14 años montacarga lo atropelló y generó lesión en el pie derecho. Incapacidad 30 días.
Hernando Quintero León	12/04/1961 55 años	03/01/1989	01/04/2017	estibador	Hace 12 años, cayó de una mula. Lesión pie izquierdo. Estuvo hospitalizado 4 meses e incapacitado 2 meses
Gustavo León Qintero	19/03/1973 43 años	10/01/1998	01/04/2017	estibador	
Miguel Ángel Gerena Santana	20/01/1964 53 años	05/01/1988	01/04/2017	estibador	

Manifestaron que su oficio como estibadores consistió en el cargue y descargue de mercancías, labor que ejecutaron en las instalaciones de la demandada de lunes a sábado, algunos domingos y festivos de 6:00 a.m. a 10:00 p.m. Adujeron que la remuneración les fue cancelada diariamente por los conductores de los carros, previa autorización de la demandada, esta que realizó también el control de entrada y salida de todos hasta que salía el último camión.

Expusieron que no fueron afiliados al sistema de seguridad social, tampoco recibieron el pago de prestaciones sociales, ni vacaciones. No recibieron dotación, ni elementos para ejecutar sus funciones. Arguyeron que por estar expuestos a sustancias químicas han padecido diferentes patologías entre ellas, dificultades respiratorias, problemas del sistema digestivo, visual, auditivo y de la piel. Refirieron que Salvo José del Carmen Quintero, los demás pagan por su cuenta, aportes a salud y ARL desde hace 10 años y desde hace 1 cotizan para pensiones.

Finalmente, indicaron que *«Hace aproximadamente un año fueron afiliados a una cooperativa manifestando que existía un contrato de prestación de servicios y a la cual deben pagar la suma de \$60.000»* (fls. 9 a 26 y 66 a 74 carpeta 01 expediente digital).

Detergentes Ltda se opuso a las súplicas. Admitió que la remuneración fue cancelada a los demandantes por los conductores de los vehículos, que nunca los vinculó al sistema de seguridad social, ni pagó prestaciones sociales o vacaciones. De los demás hechos, dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en el proceso a cargo de la demandada, falta de causa y de título en los demandantes, prescripción, pago de los derechos legalmente causados y las demás declarables oficiosamente.

En su defensa, argumentó que los demandantes no le prestaron servicios personales, bajo continuada subordinación y dependencia, por el contrario al parecer de forma esporádica, intermitente y discontinua ejecutaron el oficio de estibador o coterero para terceros transportadores, estos que les cancelaron los emolumentos pactados. Señaló que actuó de buena fe, no convino con los accionantes contratos de trabajo, ni relación laboral, pues dentro de su actividad no está el transporte de materias primas para la elaboración de productos, servicio que fue contratado a través de diferentes empresas a las que se les cancelaba según tarifas fijadas para toneladas movilizadas (fls. 109 a 128 carpeta 1 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de septiembre de 2020, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre los demandantes y la sociedad Detergentes LTDA existió una relación laboral vigente en los siguientes términos: -

del 13 de agosto de 1992 al 14 de marzo de 2017, con los señores José del Carmen Quintero León, Hernando Quintero León y Miguel Ángel Gerena Santana y entre el 10 de enero de 1998 y el 14 de marzo de 2017, con el señor Gustavo Quintero León.

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción en relación con los periodos laborados por los demandantes, anteriores al 14 de marzo de 2014, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la sociedad Detergentes LTDA a pagar a cada uno de los demandantes las siguientes sumas de dinero:

- \$2'700.860 por concepto de auxilio de transporte
- \$10'149.763 por concepto de auxilio de cesantías
- y \$1'199.865 por concepto de intereses a las cesantías a los señores José del Carmen Quintero León, Hernando Quintero León y Miguel Ángel Gerena Santana
- \$9'445.335 por concepto de auxilio de cesantías y \$1.116.698 de intereses a las cesantías al señor Gustavo Quintero León
- \$1'976.536 por concepto de primas de servicios
- \$1.107.600 por concepto de vacaciones para cada uno de los demandantes.

CUARTO: CONDENAR a la sociedad Detergentes Ltda a pagar la indemnización moratoria correspondiente a la relación laboral, a cada uno de los demandantes, esto es, un día de salario correspondiente a la suma de \$24.590,57 diarios por cada día de mora desde el 15 de marzo de 2017 y hasta cuando se acredite el pago efectivo de las prestaciones adeudadas a los actores.

QUINTO: CONDENAR a la sociedad Detergentes LTDA pagar a favor de los demandantes los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, para lo cual deberá cancelar el valor del cálculo actuarial que para el efecto efectúe la administradora de pensiones a la cual se encuentren afiliados los demandantes.

Para los periodos comprendidos entre el 13 de agosto de 1992 al 14 de marzo de 2017 en relación con los demandantes José del Carmen Quintero León, Hernando Quintero León y Miguel Ángel Gerena Santana y entre el 10 de enero de 1998 y el 14 de marzo de 2017 respecto del demandante Gustavo Quintero León, con base en un salario mínimo legal mensual vigente para cada uno y para cada anualidad, con lo cual dichos tiempos quedarán debidamente computados a efectos del reconocimiento de una eventual pensión a favor de cada uno de ellos..

SEXTO: Se absuelve a la entidad demandada sociedad Detergente LTDA de todas las demás pretensiones incoadas en su contra por los demandantes.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas en esta instancia a la demandada Detergentes LTDA, fijando como agencias la suma de \$500.000 a favor de cada uno de los demandantes, suma que se incluirá en la liquidación de costas.

Básicamente, señaló que los demandantes demostraron que prestaron servicio de cargue y descargue de materias primas de la

demandada en una bodega de su propiedad. Encontró que las funciones no se desarrollaron de forma autónoma e independiente, pues estaban sometidos a las órdenes e instrucciones que impartieran los jefes de bodega que actuaban como representantes de la empresa. Resaltó que los demandantes no podían negociar el pago de sus servicios directamente con los conductores de los vehículos, por tanto no es posible concluir que eran sus verdaderos empleadores.

Para establecer el extremo inicial del contrato tomó en consideración la fecha en que Darío Aranguren se vinculó a la demandada, pues los demandantes y los testigos señalaron que fue esta persona quien les permitió la entrada a la bodega y para el extremo final también acudió al dicho de los testigos quienes manifestaron que laboraron hasta el 14 de marzo de 2017. Para liquidar las prestaciones usó el salario mínimo legal mensual, por no haberse probado uno distinto. Finalmente, determinó que el actuar de la demandada no estuvo revestido de buena fe.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada apeló lo resuelto al argumentar que no es procedente declarar la existencia de contratos realidad, pues desde la misma demanda se reconoció que los transportadores fueron quienes pagaron el servicio y que los camiones eran de propiedad de diferentes empresas. Indicó que tal circunstancia demás fue aceptada por el «señor Gerena», por tanto no se configuran los elementos del contrato.

Señaló que fue valorado parcialmente el documento de Universal de Carga que da cuenta que esa empresa efectuaba el descargue en su totalidad y habla de carrotanques, *«que es diferente a los que hay que cargar y descargar»*. Que el Juzgado desconoció la comunicación de Coltanques en la que se indica cómo se paga el descargue de la mercancía.

Sostuvo que en aras de preservar la seguridad de todas las personas que ingresen a la empresa y de los bienes se tiene que cumplir con una

serie de normas, para ello, se hacen registros, para el ingreso de personal y su salud, circunstancia que además le consta porque ha debido acatarlas cuando ha visitado las instalaciones.

Sostuvo que difiere la valoración dada a los testimonios, pues es evidente que tienen que ser contestes y claros, dado que son grupos de familias conocidos de tiempo atrás que están unidos en contra de Detergentes, para que sus pretensiones prosperen.

Arguyó que tanto los demandantes, como los testigos aceptaron que el pago de aportes a seguridad social era realizado por ellos mismos, pues debían demostrar que estaban protegidos frente a cualquier riesgo que pudieran ocasionar al entrar a la empresa. Por tanto, de acuerdo a la jurisprudencia lo que operaría sería la devolución de los aportes a quienes los sufragaron

IV. CONSIDERACIONES

Conforme al recurso de apelación corresponde a la Sala determinar si en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, es posible determinar la existencia del contrato de trabajo entre los demandantes y Detergentes Ltda.

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

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

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

Al amparo de lo expuesto, se procede al análisis de las pruebas arrimadas al plenario, en el que se verifica que la parte demandante aportó: correos electrónicos adiados del 10 de abril, 31 de julio y 14 de agosto de 2016 en los que se relaciona como asunto respectivamente «PROGRAMACIÓN COTEROS DOMINGO 10 DE ABRIL» y «Programación para descargue de vehículos materia prima en cd11» en los que se menciona la totalidad de los actores (fl 47, 48 y 49)

Los accionantes rindieron declaración de parte y manifestaron:

Hernando Quintero León sostuvo que desconoce quién era el propietario de los vehículos que cargaban y descargaban, sabe que eran de diferentes empresas pero el jefe de la bodega era quien indicaba que camión debía descargar y reunía la plata para pagarles diariamente, él

hacía las cuentas de lo que se hacía en el transcurso del día y les pagaba en la tarde en efectivo o con un volante que se demoraba varios días en hacerse efectivo. Señaló que en la última etapa del vínculo una empresa de logística les hacía firmar un recibo, que de no asistir al trabajo eran sancionados, con dos o tres días de suspensión. Adujo que empezó a laborar porque Hernán González y *“el finado León que era jefe de báscula le dijeron entre pa dentro a trabajar»*

El promotor Miguel Ángel Gerena Santana manifestó que para empezar a trabajar en Dersa habló con Darío Aranguren quien se retiró hace como 20 años y con *«Don Rafael»* que era el encargado de materias primas y de la bodega y fue quien dio la autorización en la portería para el ingreso, ellos le informaron el horario de trabajo. Aseguró que desconoce de quien eran propiedad los vehículos, pero aseguró que los conductores pagaban al jefe de bodega el cargue y descargue y posteriormente este les cancelaba la labor realizada en el día, pero en algunas oportunidades se llevaba la plata. Recuerda como jefes de bodega a Darío Aranguren, Efrén, Vicente Ávila, *señor García*, el señor Rojas.

El accionante Gustavo Quintero León, señaló que está aprendiendo a leer y sabe firmar. Aseguró que en la tarde y en efectivo le pagaban el cargue y descargue que hacía en el día. Desconoce quiénes eran los propietarios de los carros o las empresas a las cuales pertenecían, solo sabe que llegaban con materia prima. Mencionó como jefes de bodega y trabajadores de Detergentes a Darío Aranguren e Ignacio Herrera. Aseguró que debían cumplir horario y si llegaban tarde los devolvían y no podían trabajar dos o tres días. Sabe que el del camión le pagaba al jefe de bodega pero desconoce los motivos.

El demandante José del Carmen Quintero León no sabe leer ni escribir. Actualmente está desempleado. Refirió que habló con Darío Aranguren y con *«don León»* para entrar a trabajar, le dijeron que la entrada era a las 6:00 o 6:30 a.m. pero no había horario de salida, si llegaban tarde uno o dos minutos los sancionaban 1 o 2 días, los sacaban, por lo general lo hacía Ignacio Herrera quien era jefe de bodega. Refirió que

no firmaban tarjeta de ingreso, solo era un control a la entrada. Señaló que los carros llegaban y les ordenaban descargarlos, les indicaban el vehículo y con quien realizar el trabajo. El pago se hacía diario si eran uno o dos carros salía con \$15.000 o \$20.000. Desconoce porque razón los conductores de los carros le pagaban al jefe de bodega pero estos les decían *«ustedes no pueden cobrar, nosotros somos los que cobramos y sabemos que es lo que cobramos, que es lo que se cobra en tonelada»*, mencionó como sus jefes a Darío Aranguren, Ignacio Herrera y Roberto Ortiz. Aseguró que prestó servicio todos los días, a veces los programaban incluso para domingos y festivos, les pagaban en efectivo por carro descargado, entre más vehículos, mayor remuneración y si no llegaban no recibían pago, pero tenían que presentarse todos los días, de esos pagos no se dejaba constancia. Señaló que otras 15 personas hacían lo mismo que él, pero cuando la empresa introdujo una solución logística los sacaron.

Fueron decretados los testimonios de Héctor Saavedra Escobar Jhon James Gordo Niño, Jaime Jairo Gerena Santana, Marco Antonio Gerena Santana y Jamir Mendoza Barragán. Los dos primeros que no se practicaron porque los deponentes no se hicieron presentes en la hora y fecha señalada para adelantar la diligencia.

El testigo Jaime Jairo Gerena Santana manifestó que tiene 51 años, estudió hasta cuarto de primaria, prestó servicios a la demandada y actualmente cursa un proceso en su contra. Indicó que es familiar de uno de los demandantes y amigo de los restantes a quienes conoció desde que empezaron a laborar, pues él ya estaba vinculado. Fueron compañeros hasta el 14 de marzo de 2017, porque la empresa *«metió una logística y nos siguieron arrumando, arrumando arrumando, nos hicieron pagar toda la seguridad social de nuestro bolsillo»*, dijo que la logística, era una cooperativa. Aseguró que Mauricio Alvarado y Edgar González les dijeron que tenían que *«sustituirse»* a esa cooperativa o de lo contrario no habría más empleo, pero ellos no quisieron firmar ningún papel hasta que les dijeron que no había más entrada por orden de la empresa.

Refirió que desde el 2007, empezó a pagar seguridad social por su cuenta, porque la empresa pedía que le presentaran los recibos, tenía que pasarlos a los jefes quienes revisaban si entraban o no y le consta que la misma situación acaeció respecto de los demandantes. Dijo que Darío Aranguren y los otros jefes de bodega, cobraban la plata a los conductores el dinero correspondiente al descargue de la materia prima y después ese dinero era distribuido. Sostuvo que la paga se hacía de acuerdo a los camiones que hubieran sido asignados y descargados, proceso este que inicialmente hicieron de forma manual y desde hace como 5 años, mediante montacargas de la empresa o alquilados, todo dentro de la bodega de propiedad de la demandada y que para acceder a esta debían llenar una planilla a las 6:00 de la mañana y para la salida no tenían control. Si llegaban tarde eran sancionados con uno o más días de suspensión, además debían pedir permiso a los jefes para ausentarse.

El deponente Marco Antonio Gerena Santana, refirió que cursó hasta quinto de primaria, que es familiar de uno de los demandantes y compañero de trabajo de los restantes. También instauró demanda en contra de Detergentes Ltda. Dijo que los accionantes ingresaron a trabajar en 1988 y se retiraron el 14 de marzo de 2017, cuando terminó el vínculo porque entró a trabajar la cooperativa Soluciones Logísticas y ellos no quisieron firmar contrato de trabajo, pues les exigían que debían pagar el paquete completo de seguridad social o de lo contrario no los dejarían trabajar. Aseguró que desde hace 10 años debían pagar seguridad social y en la portería les revisaban los comprobantes, para dejarlos ingresar. Refirió que él y los demandantes se dedicaban a cargar y descargar camiones dentro de la empresa, los que eran asignados por el jefe de bodega Ignacio Herrera, la labor se hacía manual, al hombro en grupos de 7 personas y después utilizando montacargas en parejas, por esta labor les cancelaban como \$12.000 o \$15.000 y al final ya eran como \$25.000. El pago lo hacían los de los camiones, *«pero la orden la empresa Dersa daba la orden cuanto tenían que pagarnos, ahí no podíamos cobrar más de lo que nos dijeran»* *«la empresa pagaba al transportador y el transportador nos pagaba a nosotros»*. Después manifestó que quien hacía el pago era Ignacio Herrera, con el dinero que entregaban los conductores de los vehículos

cargados o descargados. Expuso que a las 6:00 de la mañana cuando llegaban se inscribían en una lista, cuando no habían camiones descansaban y estaban pendientes de que los llamaran, si no estaban en esa lista no los dejaban trabajar.

El testigo Jamir Mendoza Barragán sostuvo que curso hasta sexto de bachillerato. Conoce a los demandantes porque son compañeros hace aproximadamente 25 años en Detergentes, donde trabajaron cargando y descargando camiones dentro de la empresa. Preciso que los conoció hace más de 30 años, desde 1988, pero los demandantes entraron primero a trabajar y lo recomendaron. Dijo que el contrato terminó porque los querían obligar a pagarle a una cooperativa una cuota para seguir trabajando y todos decidieron no hacerlo. Sostuvo que ejecutaron sus labores por lo general de forma manual, el jefe de bodega Ignacio Herrera les decía los camiones sobre los que debían trabajar y al final del día les pagaba según el trabajo realizado, calculaba que ganaran más o menos un salario mínimo. Señaló que la empresa siempre les exigió pagar seguridad social, primero les exigían el recibo de pago y luego la planilla. Adujo que los «amenazaban» diciéndoles que si no iban a trabajar los sancionaban uno o dos días, igual sucedía si no llegaban a laborar a las 6:00 a.m., a esa hora debían firmar una planilla y debían estar hasta que se finalizara, a veces no tenían hora de almuerzo. El trabajo por lo general era manual, pues así se utilizara el montacargas debían descarojar el camión para bajar el producto, este que a veces por accidente se dañaba o caía y en estos eventos el jefe de bodega les indicaba que debían hacer, lavar, recoger, limpiar, porque la mayoría de materiales eran tóxicos, hacían daño para los pulmones, para la piel y no tenían elementos de protección. Expresó que en una oportunidad en el 2010, le solicitaron a Iván Páez representante legal de la demandada que les colaborara con lo de seguridad social y overoles, pero él nunca se manifestó

A solicitud de la parte demandada fueron decretados y practicados los testimonios de Rafael Castro Saza y Aceneth Pineda Beltrán. El primero manifestó que es Ingeniero Industrial, especialista en Gerencia de Sistemas de Gestión, se vinculó a la demandada en 1992 y trabajó hasta

1998, luego se reintegró en el 2015, actualmente se desempeña como Director de Cadena de Abastecimiento de la demandada. Dijo que conoce a los demandantes de vista pero no sabe quiénes son. Expuso que los proveedores no solamente entregaban la materia prima, sino que contrataban el servicio de transporte y descarga todo incluido dentro del precio que se negociaba. Señaló que Mauricio Alvarado es el Jefe de Operaciones responde por la operación logística global y que Edgar González es el jefe administrativo. Para control de inventarios, recibo de las materias primas y verificación de cargue y descargue la empresa tenía personas responsables.

El testigo describió que la materia prima llega en *big bags*, en tracto camiones de aproximadamente 31 toneladas, a estos vehículos se les quitan las varillas proceso que se conoce como descaroado que es un proceso netamente manual, que se ejecuta por personal que no pertenece a la empresa y que es pagado por las empresas de transporte y cuyo costo se incluye en el negocio. Aseguró: *«la labor de apoyo logístico era contratada directamente y negociada entre el transportador y el personal de apoyo logístico que no pertenece a Detergentes Limitada»* Aseguró que el personal que realizaba la gestión *«es flotante dentro de la zona, dentro del sector de Puente Aranda»*.

Dijo que la empresa realiza control de ingreso de visitantes y solicita el registro de pago de seguridad social, pero no sabe cómo se maneja, pues es del resorte le área de seguridad. Expresó que los proveedores no les informaron que iba a entrar en funcionamiento una cooperativa y la labor de cargue y descargue sigue operando de la misma forma, pero por las actuales regulaciones en materia de transporte se busca que el contacto sea entre compañías y no entre personas.

Aceneth Pineda Beltrán, es Jefe de Relaciones Laborales de la demandada, ingresó a laboral el 6 de junio de 1988. Manifestó que veía a los demandantes en la parte externa de la empresa, *en la sexta con 36*, a veces en la cafetería pendientes que llegara un camión o tracto camión, para subirse en la parte delantera y entrar a la compañía, pero desconoce

el proceso de descargue de los camiones y la forma en que se les pagaba a estas personas. Expuso que la empresa nunca ha contratado cooperativas para vincular personal que ejecute funciones dentro de sus instalaciones, entre otras, porque existe un sindicato de trabajadores, primeros garantes de que las vinculaciones laborales se realicen conforme a la ley. Y no sabe que los demandantes hayan reclamado el pago de acreencias laborales. Admitió que los montacargas y estivas de cargue y descargue son de propiedad de la empresa. Dijo que a cualquier visitante que ingrese a las instalaciones de la empresa el área de seguridad y salud en el trabajo les proporciona elementos de protección, al menos una bata y una cofia y desconoce si dicha área lo hizo respecto de los demandantes. Dijo que Mauricio Alvarado y Edgar González, son compañeros de trabajo, no recuerda o sabe quién es Darío Aranguren.

La parte demandada aportó certificación expedida por Transportes Centrolima Ltda el 22 de noviembre de 2018, en la que indica que ha sostenido vínculos comerciales con la demandada desde 1996 *«realizando la movilización de mercancías a las diferentes ciudades del país»* (fl. 130). Aportó misiva enviada por Transportes Carga Multimodal a Nivel Nacional adiada del 11 de febrero de 2014, en la que pone a su disposición esquemas de servicios logísticos dentro de los que se incluye el cargue y descargue de mercancía y manifiesta estar a la espera de sus *«gratas órdenes para poder cotizar»* (fl. 133). A folio 135 milita documento con logo de Tractocar, sin fecha, denominado *«ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL UY DE SEGURIDAD»* en el que se ofrecen servicios de calidad y se presenta un organigrama que no incluye el área o función de cargue y descargue.

La accionada también incorporó al plenario *«PRESENTACIÓN DE TARIFAS PARA DISTRIBUCIÓN DE MERCANCÍAS CON ORIGEN BOGOTÁ HACIA LAS DISTINTAS ZONAS DEL PAÍS»* del 5 de junio de 2014, mediante el cual Corditráficos presenta las tarifas aplicables para la movilización de mercancías, documento en el que se puede leer: *«Concedemos 24 horas a partir del momento de la llegada del vehículo al lugar de cargue y/o descargue para iniciar la operación de despacho y/o recibo según programación. Excedido el tiempo se genera un valor así...»* (fls 136 a 139).

Obra, certificado expedido por Rápido Ochoa el 22 de noviembre de 2018, en el que indica que desde el 15 de mayo de 2017 trasporta mercancía como jabones y productos de aseo para Detergentes Ltda en diferentes rutas (fl 140); certificado generado por Trans Estrella S.A.S el 22 de noviembre de 2018 en el que señala que ha prestado servicios de transporte a la demandada desde hace 5 años, la que se ha caracterizado por su cumplimiento en el pago de facturas (fl. 141), misiva de expedida por Coltanques el 26 de noviembre de 2018, en la que manifiesta que sostiene relaciones comerciales con la accionada desde enero de 1998 con un cupo asignado de \$3.000.000.000 y plazo de pago de 30 días y que en desarrollo de las mismas se ha caracterizado por la seriedad y oportunidad en el pago de facturas (fl. 142) y certificados expedido por Kapital Carga el 26 de diciembre sin especificar año, en el que informa a Detergentes que transporta contenedores en la ruta Bogotá – Buenaventura y que sostiene relaciones desde hace varios años (fl. 143)

También fue aportado Manual de procedimiento Estandar – Control para Ingreso de Visitantes y Proveedores a las Instalaciones de Detergentes LTDA. Edición n.º 5 del 31 de enero de 2011 (fl 144 a 147), en el que se define al visitante como visitante a *«persona externa a la Compañía, que mediante una invitación ingresa a las instalaciones de la Compañía y que durante su visita, estará acompañado por un funcionario responsable de las actividades que realice»*. En el acápite de condiciones generales se puede leer:

(...)

El ingreso de visitantes a plantas de producción y laboratorio debe ser autorizado por Gerencia o Subgerencia Administrativa.

(...)

Se debe informar el ingreso de cualquier visitante/proveedor a las jefaturas de las plantas, cuando estas sean realizadas por un área diferente a la misma

Dentro del acápite de recomendaciones están incluidas: *«no tocar ninguna máquina o producto sin previa autorización» «No distraer a los operarios; puede ocasionar a accidentes»*. Además en el acápite 7 del documento se establece el procedimiento de ingreso así:

El visitante/Proveedor debe anunciarse en la Portería, suministrando su nombre y el de la persona a contactar, el Portero, se comunica con la persona requerida para que la misma autorice su ingreso.

Autorizado el ingreso, se debe dejar en portería un documento con foto diferente a la cédula de ciudadanía, el Portero entrega una escarpela y el formato FR-280-009-1 “Control de Visitantes”. Si la visita es por primera vez se entrega un plegable de S.O.

Si el Visitante /Proveedor trae paquetes estos deben ser revisados al ingresar y salir de las instalaciones

Una vez ingresa, debe portar la escarpela en un lugar visible que lo identifica como Visitante. Durante la permanencia en las instalaciones de detergentes Ltda. Debe estar siempre acompañado por un funcionario de la Compañía, ya sea la persona que autorizó el ingreso o una persona delegada por esta.

Durante la permanencia en la Compañía debe usar los elementos de protección personal entregados por el área visitada y utilizarlos de acuerdo con la planta a visitar así:
(...)

Terminada la visita, la persona responsable del acompañamiento, devuelve los elementos de protección personal no desechables al responsable de la visita y conduce al Visitante/Proveedor a la Portería, donde éste devuelve la escarpela y el formato “Control Visitantes” FR-280-009-1, firmado por la persona que autorizó el ingreso debe asegurarse que el Visitante /Proveedor se retira de las instalaciones de la Compañía.

La demandada aportó documento denominado Sistema de Gestión en Seguridad y Salud en el Trabajo *«REQUISITOS GENERALES PARA EL INGRESO Y PERMANENCIA DEL PERSONAL CONTRATISTA EN DETERGENTES LTDA»* Edición n.º 1 de fecha 04 de mayo de 2017 (fls. 147 y 148) aplicable a *«todo el personal que labora como contratista o subcontratista, con contrato de prestación de servicios civiles, comerciales o administrativos en Bogotá y Distritos»*. Se define para el efecto como contratista a toda persona natural o jurídica que dispone de un establecimiento fijo y o elementos estables de trabajo propios y ejecuta obras por encargo de terceros a través de un contrato de obra o de servicio. En el numeral cuarto del documento se establecen las responsabilidades así:

Es responsabilidad de los contratistas cumplir con este instructivo
Es responsabilidad del Administrador del Distrito implementar este instructivo
Es responsabilidad del Coordinador de Seguridad Industrial:

Verificar la documentación y aportes al sistema de Seguridad Social del contratista.
Dar inducción en Seguridad Industrial y Salud Ocupacional a los contratistas y trabajadores.

Verificar el cumplimiento de los requisitos para realizar labores de alto riesgo.

Es responsabilidad de los Porteros de la compañía solicitar la documentación y entregar el FR-280-010 al contratista para su diligenciamiento.

Es responsabilidad del contratante, realizar orden de compra o contrato de trabajo

En el numeral 5. del documento se establecen 34 requisitos para el ingreso y permanencia en Detergentes Ltda. En lo que importa al proceso se transcriben los siguientes:

2. El contratista debe presentar a Seguridad Industrial la documentación soporte del personal a su cargo relacionada con la seguridad social (Afiliación EPS, ARL y pensiones y recibo de pago del mes correspondiente) registrada en el formato FR-280-10 “Autorización De Ingreso a Contratistas”, la cual se devolverá revisada, al portero para su ingreso. Para el aporte a la seguridad social, tener en cuenta que el IBC reportado, este de acuerdo al monto del contrato.
4. Usar dotación de su empresa, con el letrero que lo identifique y con los demás Elementos de Protección Personal, acordes a la labor a realizar o usar escarpela de contratista.
5. El jefe contratista, debe ejercer estricta administración, control y subordinación de su personal, durante la permanencia en la empresa.
8. El contratista y su personal, deberán laborar dentro de las instalaciones de Detergentes Ltda, en el mismo horario de platas u oficinas. Si por alguna razón especial, es necesario trabajar sábados, domingos, nocturnos o festivos, el contratista deberá solicitar autorización al área contratante quien informará a las otras áreas implicadas. En todo caso siempre estará presente una persona de la empresa contratista como responsable del trabajo.
25. La empresa no prestará equipo propio a los contratistas, salvo los que se especifiquen en el respectivo contrato, o los que sean solicitados por los conductos regulares de la Organización y sea autorizado expresamente por el responsable del trabajo.

Ahora, el Juzgado de oficio, solicitó a la demandada informar los nombres de las empresas que le han suministrado el servicio de transporte. En respuesta, la accionada mediante misiva adiada del 22 de julio de 2019, enlistó más de 30 proveedores de transporte, donde se puede verificar la antigüedad de la relación comercial, con cada una de ellas (fls 200 a 207). El Juzgado procedió a requerir a algunos de los allí relacionados (Coltanques, Universal de Carga, Summa Logística, Cooperativa Zipaquirá y Centrolima Ltda) para que informaran *«de manera detallada el procedimiento de descargue de los vehículos de carga que tenían que transportar a la empresa Detergentes» «si la obligación de realizar la función del descargue del producto era la empresa transportadora o de Detergentes Ltda» «si el personal que realizaba el descargue eran empleados de Detergentes Ltda o de la empresa transportadora»* (fls 207 a 213).

En respuesta visible a folios 221 y 222, Universal de Carga señaló que para la demandada únicamente ha transportado generales líquidos estearina, ácido graso, oleína y patol en cuanto al descargue señaló:

Universal de carga S.A. no realiza proceso de descargue de los productos transportados. Como se mencionó en el punto 1, el conductor es retirado del lugar de descargue una vez parquea el vehículo y no interviene ni está presente durante el proceso por normas de seguridad industrial. El descargue es realizado dentro de la planta de Detergentes Ltda, pero no tenemos información, no nos corresponde, ni nos es permitido conocer el tipo contractual del personal que realiza esta labor para Detergentes Ltda dentro de sus plantas industriales.

Por su parte Coltanques con escrito del 3 de diciembre de 2019 (fl. 224) informó:

1. Dentro de las operaciones de Transporte que realiza **COLTANQUES SAS** para nuestro cliente Detergentes Ltda, el procedimiento de descargue consiste en que una vez llegado al sitio de destino se encuentra personal a las afueras de las instalaciones del cliente, determinados como cuadrillas externas, las cuales no están ni identificadas ni portan uniforme alguno, con los cuales se contrata a destajo el descargue específico de las operaciones que se están realizando, actividad esta que necesariamente no siempre es realizada por las mismas personas.
2. Frente a la función de descargue del producto se tiene que dentro de la tarifa pactada con el cliente Detergentes LTDA, está incluido el valor del descargue del producto y es por ello que COLTANQUES SAS, cuando contrata las cuadrillas o los terceros que se encuentran disponibles hace el pago directamente en efectivo a los terceros que realizan la labor.
3. Frente al punto tercero no tenemos conocimiento de que el personal o cuadrilla externa sean empleados de nuestro cliente Detergentes LTDA y tampoco son trabajadores de **COLTANQUES SAS** toda vez que se reitera lo que se dijo en la anterior oportunidad, es personal que se encuentra a las afueras de las instalaciones del Detergente LTDA, conocidos como cuadrillas y son ellos quienes no siempre son la misma persona.

Cabe aclarar que la actividad normalmente se puede demorar una hora dos horas, en el descargue de un vehículo no se demora más y no es una actividad constante

Analizadas en conjunto las pruebas allegadas al expediente, estima la Sala que la parte demandante logró demostrar que los accionantes prestaron sus servicios personales a Detergentes Ltda, por lo que obra en su favor la presunción que dicha labor estuvo regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole al empleador probar que la relación fue independiente y sin subordinación, es decir, acreditar el hecho contrario al presumido. Situación que no alcanza a materializarse por el solo hecho de que los demandantes en el escrito genitor y al rendir declaración de parte

hayan aceptado que los recursos con los cuales se les cancelaba su labor fueran proporcionados por los conductores de los vehículos, circunstancia que además refirieron los testigos y que mencionó Coltanques en la misiva del 3 de diciembre de 2019 (fl. 224), pues lo cierto es que quedó demostrado suficientemente que quien se benefició de su gestión fue la demandada y aquellos, los conductores de los vehículos, pudieron actuar como simple intermediarios.

A esta conclusión se arriba pues según lo manifestado por los accionantes fueron personas directamente vinculadas a la empresa quienes les permitieron entrar a laborar a la bodega y daban la autorización en portería para el ingreso. Aseguraron que el jefe de la bodega era quien disponía que camiones debían descargar, además reunía el dinero que le entregaban los conductores de los vehículos y al finalizar la jornada les pagaba según el trabajo realizado o les generaba volantes que pasados algunos días se hacía efectivos. Refirieron que debían presentarse todos los días a las 6:00 a.m. y de no ser puntuales eran sancionados 2 o 3 días en los que no se les permitía laborar. De manera coincidente mencionaron como encargados o jefes de bodega a *Don Rafael, Don León, Darío Aranguren e Ignacio Herrera*,

Ahora los testigos Jaime Jairo Gerena, Marco Antonio Gerena, Jamir Mendoza Barragán fueron contestes en manifestar que para ingresar a la bodega debían presentarse todos los días a las 6:00 a.m., de incumplir eran sancionados y no se les permitía laborar 1 o 2 días. Señalaron que para ingresar a la bodega les eran exigidos los comprobantes de pago de seguridad social y los jefes de bodega decidían si podían entrar o no. También afirmaron que inicialmente las funciones se hacían manualmente y luego con montacargas, que el jefe de bodega establecía los grupos de trabajo, los vehículos a descargar y las acciones a adelantar cuando el producto se regaba o había algún accidente. Refirieron al igual que los demandantes que a cargo de personal de la empresa estaba la recolección del dinero pagado por los conductores que era distribuido al diariamente al finalizar la jornada según lo que se hubiera trabajado.

Importa destacar que tal como se alude en el recurso que el testigo Marco Antonio Gerena Santana manifestó que El pago lo hacían los de los camiones, *«pero la orden la empresa Dersa daba la orden cuanto tenían que pagarnos, ahí no podíamos cobrar más de lo que nos dijeran» «la empresa pagaba al transportador y el transportador nos pagaba a nosotros»*. Empero, después manifestó que quien hacía el pago era Ignacio Herrera, con el dinero que entregaban los conductores de los vehículos, por lo que su dicho a más de no ser contradictorio, concuerda con lo manifestado por los demandantes y los otros testigos.

Para la Sala resulta relevante que a los demandantes para ingresar a la bodega se les exigiera acreditar el pago de seguridad social, pues este era un requerimiento específico para los contratistas de conformidad con el documento *«REQUISITOS GENERALES PARA EL INGRESO Y PERMANENCIA DEL PERSONAL CONTRATISTA EN DETERGENTES LTDA»*. No pasa por alto la Colegiatura que el mismo corresponde a la edición n.º 1, de fecha 04 de mayo de 2017 (fls. 147 y 148), pero es claro que al ser invocado en la apelación corresponde a los lineamientos que de antaño utilizaba la empresa para permitir el acceso de contratistas.

Es más, en el Manual de procedimiento Estandar – Control para Ingreso de Visitantes y Proveedores a las Instalaciones de Detergentes LTDA. Edición n.º 5 del 31 de enero de 2011 (fl 144 a 147), se puede verificar según fue transcrito por la Sala, que la acreditación de aportes a seguridad social no es un requisito de ingreso para los visitantes, contrario a lo señalado por los testigos convocados por la demandada.

Los documentos a los que se acaba de hacer referencia además permiten verificar que el ingreso a las instalaciones de la empresa, en cualquier calidad requería un trámite específico, que existía un control en portería y que algún empleado directo de la empresa debía estar al tanto y acompañando la estadía del visitante. Por ello, no es de recibo, el argumento según el cual los actores se ubicaban a las afueras de la bodega y entraban colgados en la parte de delante de los camiones como lo afirmó la testigo Aceneth Pineda Beltrán, Jefe de Relaciones Laborales de

la demandada, quien en todo caso aseguró haber visto esta situación cuando empezó a laborar en 1988 y llegaba en bus, pero después dijo que desconocía el proceso de descargue de los camiones y la forma en que se pagaba este servicio. Tampoco encuentra asidero lo señalado por Rafael Castro Saza quien señaló que se trataba de personal flotante que se ubicaba a las afueras de la empresa y entraba a descargar por petición de los conductores de los vehículos, pues se reitera es claro que el ingreso era restringido y es poco creíble que cualquier persona a voluntad de los conductores de las empresas de transporte ingresara sin restricción o control.

Ahora, Coltanques en documento de folio 224 señaló que contrataba terceros disponibles o cuadrillas para el descargue, pero no específico en donde estaban disponibles estas personas, ni aportó contrato y conforme al acervo probatorio es claro que estaban dentro de la bodega, luego de haber cumplido los protocolos de ingreso fijados por Detergentes. Y que adujo que pagaba directamente estos servicios de ello no hay constancia y difiere de lo manifestado coincidentemente por los testigos y los demandantes.

De otra parte, aunque el testigo Mauricio Alvarado, Jefe de Operaciones de la demandada aseguró que la materia prima llegaba en tracto camiones los que eran descarrozados por personal ajeno a Detergentes Ltda, cuyo servicio era pagado por las empresas de transporte y que el costo era incluido en el negocio. Tal circunstancia no fue demostrada en juicio.

Aquí vale la pena señalar que Detergentes informó al despacho que mantenía relaciones comerciales con diferentes empresas de transporte y aportó algunas constancias, no obstante, con ninguno de estos documentos es posible verificar que el servicio que se contrataba incluía tanto el traslado de la materia prima, como su cargue y descargue, lo que sorprende porque con algunas de estas transportadoras mantiene vínculos incluso desde hace 20 años y seguro para efectos contables y tributarios tiene en su poder, los contratos, las ordenes de servicio o las facturas

correspondientes con los cuales se pudiera determinar diáfananamente y sin lugar a equivoco alguno tal hecho, pero ninguno de estos medios fue traído al proceso.

En el mismo sentido, pese a que se alega que los demandantes entraban ocasionalmente a la bodega, que la labor de cargue y descargue no se ejecutaba diariamente, ningún esfuerzo probatorio adelantó la accionada por demostrar por cualquier medio tal circunstancia, que era de su resorte, máxime cuando se vio que los controles de ingreso eran estrictos y debían cumplirse protocolos; incluso el apoderado manifestó que él mismo cuando iba a la empresa debía superarlos y acatarlos y eso que se trata seguramente de una persona que visita el área administrativa, entonces mayor restricción y seguimiento debía existir respecto de quienes entraban a la bodega y manipulaban la materia prima.

Importa resaltar que a petición del Juzgado la demandada certificó el vínculo laboral con algunos de sus trabajadores, en los que importa al análisis que se adelanta indicó que allegó constancia adiada del 20 de junio de 2001, en la que se indica que Darío Aranguren Plazas, mencionado por los demandantes y los testigos, trabajó en la empresa desde el 13 de agosto de 1992 hasta el 11 de junio de 2001, desempeñó el cargo de Jefe de Bodega (fl 198). Dentro del manual de funciones del cargo, edición n.º 2 del 7 de marzo de 2001, que allegó la demandada están para este cargo las de abrir y cerrar la bodega cumpliendo con el horario establecido, recibir las materias primas, insumos o productos terminados, recibir y asignar la ubicación adecuada de los materiales o productos para su correspondiente almacenamiento, verificar el cumplimiento de los procedimientos establecidos para la recepción, manejo, almacenamiento, preservación y entrega de materiales y/o productos (fl. 195). Como se ve el contenido de este documento respalda las manifestaciones de los demandantes.

Ahora los testigos Jaime Jairo Gerena, Marco Antonio Gerena, Jamir Mendoza Barragán manifestaron que las funciones inicialmente se cumplían manualmente y luego con montacargas, esto llama la atención

de la Sala, pues no se demostró que estos equipos pertenecieran a los demandantes.

Bajo este panorama concluye la Sala que los demandantes prestaron servicios a la demandada Detergentes, en las instalaciones de propiedad de la empresa, en el horario fijado por esta, en los vehículos designados y con el equipo de trabajo humano y mecánico que esta dispuso, y que como contraprestación recibieron el pago diario con recursos que les fueron directamente entregados por representantes de esta compañía. En consecuencia en aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad hay lugar a declarar la existencia de los contratos de trabajo anhelados.

No desconoce la Sala que los testigos y los demandantes por sus apellidos al parecer pertenecen a grupos familiares, y que todos incoaron acciones contra la demandada, como se expone en la apelación; no obstante ello no es un argumento válido para desvirtuar la existencia de los contratos, pues conforme al artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo incumbe a las partes probar los supuestos fácticos en los cuales fundan sus aspiraciones y en el presente caso la demandada no demostró que el servicio de cargue y descargue era contratado por terceros y que ninguna injerencia tenía en la ejecución de las labores de los actores.

Finalmente, no es procedente absolver a la demandada de pagar aportes a seguridad social en pensión por el hecho de que los actores hayan aceptado que por un tiempo debieron cancelar dicho concepto, pues lo que está probado es que existieron contrato de trabajo y que la demandada se abstuvo de afiliar y cotizar en pensión en favor de los demandantes, por tanto en aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia lo que corresponde es el pago de los cálculos actuariales respectivos como acertadamente concluyó el *a quo*.

Sobre el particular, es importante referir la diferencia existente en los eventos de no afiliación con los casos en que se materializa la mora por no pago de aportes. Al respecto, la jurisprudencia ha distinguido dos soluciones posibles que no coinciden con el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del empleador, a saber: *i)* pago de aportes en mora para aquellos eventos en los que los empleadores incumplen su obligación de cancelar oportunamente las cotizaciones a sus trabajadores, previo reporte oportuno de la vinculación de su empleado. *ii)* Por otro lado, el pago del cálculo actuarial cuando los patronos que omitieron notificar a la administradora de pensiones de la existencia del vínculo laboral en un periodo determinado.

En relación con el asunto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL14388-2015, precisó:

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores. Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro

(...)

Con fundamento en dichas normas y, se repite, en los principios que definen y orientan el sistema integral de seguridad social, la Corte ha precisado su jurisprudencia, para adocinar que las variadas problemáticas generadas a raíz de la falta de afiliación al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del respectivo derecho, deben encontrar una solución común, que no es otra que el reconocimiento del tiempo servido por el trabajador, por parte de la entidad de seguridad social respectiva, **con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo de la entidad empleadora.**

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala conformará la decisión de primera instancia.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

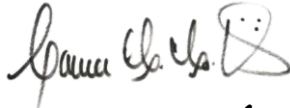
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

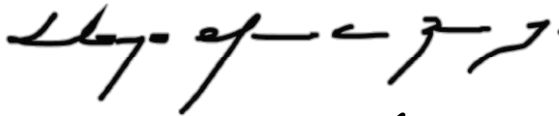
SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

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 2019 00517 01
DEMANDANTE: ERWIN DURÁN CASAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuesto por las demandadas las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de julio de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la «ineficacia de la afiliación» y subsidiariamente la «nulidad de la afiliación» al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP ING, hoy Protección S.A. adelantada el 1 de marzo de 1995. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes junto con sus rendimientos. A la última a activar la afiliación y aceptar el traslado de recursos. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 25 de julio de 1960, se afilió al régimen de prima media con prestación definida (RPM) en marzo de 1981 y cotizó 299.86 semanas. Indicó que se trasladó al RAIS a través de la AFP ING, hoy Protección S.A. Adujo que el promotor del fondo le informó que podría pensionarse anticipadamente con un monto superior. Refirió que a la fecha ha cotizado más de 1.300 semanas. La AFP Porvenir S.A. realizó proyección según la cual la mesada en el RAIS ascendería a \$1'143.507, entre tanto, en Colpensiones sería de \$3'058.842. Finalmente, que las demandadas negaron la petición de retorno a RPM (expediente digital, archivo 01 fls. 5 a 16, subsanación fls. 61 a 83 y reforma fls. 88 a 99).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las peticiones. Admitió la data de nacimiento del actor, las semanas cotizadas, la proyección pensional y la solicitud de retorno a RPM. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. 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 el demandante se trasladó en forma consciente, espontánea y voluntaria y el trámite se dio con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha (expediente digital, archivo 3 fls. 37 a 58 y reforma archivo 06).

La AFP Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las peticiones. Manifestó que no son ciertos o no le constan la totalidad de 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 y del sistema general de pensiones, *«inexistencia de la obligación de devolver al seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»*, traslado de aportes y las demás declarables de oficio (expediente digital, archivo 11 fls. 1 a 24).

Colpensiones rechazó el éxito de las súplicas. Aceptó la data de natalicio del accionante, la afiliación al RPM, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no le constan los hechos restantes. Planteó las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. Alegó que el demandante se encuentra incurso de una prohibición legal para retornar a prima media, no hizo uso del derecho de retracto y no es beneficiario del régimen de transición. (expediente digital, archivo 1 fls. 108 a 141 y archivo 16 reforma fls.1 a 33).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de julio de 2021 (expediente digital, carpeta 7), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el señor Erwin Duran Casas al régimen de ahorro individual con solidaridad a la AFP ING hoy Protección S.A. y como consecuencia, se ordena a Porvenir S.A., fondo en el que está actualmente afiliado, trasladar a Colpensiones todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos, según la parte indicada en la parte motiva.

SEGUNDO: SE CONDENA a Protección y a Porvenir a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante, los gastos de administración, conforme al tiempo de este permaneció afiliado a cada uno de ellos, como se indicó en la parte motiva.

TERCERO: SE CONDENA a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a afiliar nuevamente a Erwin Duran Casas al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y recibir todos los aportes que esta hubiese efectuado la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir.

CUARTO: SE CONDENA en costas a Protección señalando como agencias en derecho \$2'000.000, suma que se incluye en la liquidación de costas, sin costas a cargo de Porvenir y Colpensiones.

QUINTO: De no apelarse la decisión se remitirá al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que la estudien en consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que el fondo no demostró haber brindado al actor información adecuada al momento del traslado por ello no tenía posibilidad de conocer las ventajas y desventajas de su decisión, así las cosas, su consentimiento no fue informado, derivando así en la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones reclama la revocatoria de la sentencia, al argumentar que el demandante está incurso en prohibición legal de retornar a RPM en razón de la edad. Sostuvo que no se probó la configuración la configuración de algún vicio del consentimiento. Indicó que el actor es persona plenamente capaz de suscribir contratos y debió concurrir suficientemente informado a la escogencia de su régimen pensional, máxime cuando es una persona conocedora del sistema de seguridad social que trabajó en un fondo de pensiones. En caso de no acogerse a los argumentos expuestos, solicitó que se condicione el cumplimiento de la sentencia a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, debidamente indexados, por cuanto no podrá dar cumplimiento hasta tanto la AFP reintegre los recursos sin descuento alguno.

La AFP Porvenir S.A. aspira que se revoque la decisión, bajo el argumento de que no es dable exigir obligaciones respecto al deber de información que no estaban vigentes para el momento del traslado. Señaló que la inconformidad en el monto de la mesada pensional no es motivo válido para declarar la ineficacia deprecada. Indicó que el demandante, era asesor de Porvenir, por ello, conocía las características del RAIS. De otra parte sostuvo que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración, pues la gestión de la AFP generó rendimientos que son superiores al capital aportado, que también se ordena trasladar. Refirió que sobre los susodichos conceptos opera el fenómeno extintivo de la prescripción.

La AFP Protección S.A., aspira se revoque la sentencia, pues demostró que brindó asesoría en los términos previstos en la ley para la época, la que se materializó con la firma libre y voluntaria del formulario de vinculación, sin que se evidenciara la configuración de vicio del consentimiento. Además, el actor posteriormente tuvo la oportunidad de recibir información y de retornar al RPM, pero no lo hizo y con ello faltó a sus deberes como consumidor financiero y ratificó su voluntad de permanecer vinculado al trasladarse de AFP. Aseguró que cuanto a la comisión de administración, estas sumas fueron descontadas por mandato legal, compensaron la buena gestión de la administradora que generó rendimientos en la cuenta de ahorro individual, que resultan superiores a los que hubiere obtenido en prima media. Sostuvo que trasladó todos los recursos a Provenir, por tanto, tendría que entrar a asumir con su propio patrimonio los gastos de administración y se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y al actor.

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 expedido por Colpensiones el actor se afilió al ISS el 2 de marzo de 1981 (expediente digital, archivo 2). Migró al RAIS, administrado por Davivir S.A. el 9 de febrero de 1995, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 11 fl. 33), en el que se puede leer:

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

Posteriormente, se trasladó horizontalmente el 1 de mayo de 1999 a Porvenir S.A., conforme certificación expedida por Asofondos (expediente digital, archivo 03 fl. 60).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que para el momento del traslado laboraba en «*Granzones Cerámicos San José*» allí se presentaron asesores de ING, hoy Protección S.A., quienes informaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que al trasladarse se pensionaría anticipadamente o retirar el dinero en cualquier momento. Refirió que firmó el formulario en blanco, no realizó preguntas, ni se acercó a ING a solicitar información adicional. Relató que se afilió a Porvenir porque se vinculó laboralmente a dicha AFP y era prerequisite de vinculación, se desempeñó 7 meses como asesor comercial, recibió capacitación básica sobre la Ley 100 de 1993, para «*poder captar la mayor cantidad de clientes*», pero explicó que no conocía las diferencias de cada régimen, solo sabía que los fondos estaban aliviando la carga prestacional que estaba asumiendo el Instituto de Seguros Sociales. Adujo que en el 2017, cuando se liquidó la empresa donde laboró más de 18 años, se dio cuenta de su situación pensional y el perjuicio que representaría pensionarse en Porvenir representado en el monto de la pensión. Confesó «*yo vinculé a personas mal informadas y estoy sufriendo las mismas consecuencias de esas vinculaciones que yo hice mal hechas, porque yo era*

miope, porque estaba desinformado, así estuviese trabajando en un fondo de pensiones».

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

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

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

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

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. a la que se encuentra actualmente afiliado, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en 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 Davivir, hoy Protección S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será modificada en este aspecto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 27 de julio de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., que quedará del siguiente tenor: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el señor Erwin Duran Casas al régimen de ahorro individual con solidaridad a la AFP ING hoy Protección S.A. y como consecuencia, se ordena a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras 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: MODIFICAR el numeral segundo de la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

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 36 2019 00188 01.
DEMANDANTE: JHON JAIRO RUEDA PERALTA Y
DEMANDADO: AGRUPACIÓN DE VIVIENDA LOS ALMENDROS PH,
Y MAURICIO MONSALVE CORREAL

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y el demandado Mauricio Monsalve Correal contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de mayo de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió proceso ordinario laboral para que se declare que existió un contrato de trabajo con Mauricio Monsalve Correal desde el 27 de marzo de 2015, que existió culpa patronal en el accidente de trabajo acaecido el 19 de mayo de 2015. En consecuencia, se condene solidariamente a los demandados a pagar indemnización plena y ordinaria de perjuicios, lucro cesante consolidado, lucro cesante futuro, perjuicios morales y daño fisiológico. A pagar perjuicios morales a Isabel Peralta Ruiz. En caso de oposición solicita se impongan costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 27 de marzo de 2015, fue contratado por Mauricio Monsalve, para desempeñarse como impermeabilizador de la fachada de la Agrupación de Vivienda Los Almendros PH, como remuneración se pactó la suma de \$1.440.000. Adujo

que el 19 de mayo de 2015, en desarrollo de sus labores, sufrió quemaduras en cuello, brazos, manos, espalda y piernas que le merecieron 37 días en la unidad de quemados del Hospital Simón Bolívar, como consecuencia de una explosión, que se produjo cuando en ejercicio de sus funciones aplicaba sika 10, en la fachada de una torre. Desde que acaeció el siniestro su señora madre Isabel Peralta Ruiz es quien se ha hecho cargo de acompañarlo a las citas médicas, le provee techo y los cuidados personales que requiere; ver a su hijo en las condiciones actuales le ha producido gran dolor y sufrimiento y ha afectado su vida diaria.

Refirió que el estallido se produjo porque una de las habitantes del edificio encendió la estufa, pues la administración no informó a los residentes las medidas de seguridad que debían tomar, mientras se adelantaba el trabajo de impermeabilización. Explicó que este producto tiene como consejos de prudencia, *«P210 mantener alejado del calor. De superficies calientes, de chispas, de llamas abiertas y de cualquier otra fuente de ignición. No fumar»*.

Manifestó que el empleador efectuaba las cotizaciones a seguridad social por intermedio de Hercell Edgardo Barón Chico, quien reportó el accidente en el cual señaló que la ocupación el *«obrero y peón agropecuario de labranza e invernadero»* con un salario que no correspondía al real. La ARL Positiva el 19 de mayo de 2017, emitió recomendaciones señaló que no podía continuar trabajando en alturas. El 7 de noviembre de 2015, solicitó a Mauricio Monsalve Correal indicarle el monto de las incapacidades. En respuesta se le informó que desde el 27 de marzo de 2015 hasta la fecha laboraba como obrero para él.

Expuso que la Junta Regional de Calificación de Invalidez mediante dictamen del 16 de marzo de 2017, determinó que padece pérdida de capacidad laboral del 41.64%. La junta Nacional de Calificación de Invalidez al desatar el recurso de apelación mediante dictamen del 20 de septiembre de 2017, estableció la pérdida de capacidad laboral en un 64.68%, estructurada el 1 de marzo de 2017.

Refirió que el 4 de julio de 2018, solicitó a la Agrupación de Vivienda Los Almendros PH indemnización de perjuicios (fls. 48 a 57).

Mauricio Monsalve, rechazó el éxito de las aspiraciones. Admitió que contrató al demandante para que desempeñara labores de impermeabilización en la Agrupación de Vivienda Los Almendros PH, que las cotizaciones a seguridad social se hicieron a través de Herzell Edgardo Barón Chico, que la ARL señaló que el trabajador no podría operar nuevamente en alturas, la petición elevada por el accionante y la calificación de pérdida de capacidad emitidas por las Juntas. Propuso como excepciones las de buena fe, inexistencia de la obligación pretendida, cobro de lo no debido, temeridad y mala fe, prescripción, falta de legitimidad en la causa por pasiva, caso fortuito, culpa de un tercero y las declarables oficiosamente. En su defensa expuso que el accidente obedeció a un caso fortuito, pues una residente la agrupación encendió una estufa, razón por la cual no está llamado a responder por culpa patronal, pues el hecho es atribuible a un tercero (fls 87 a 99).

Agrupación de Vivienda Los Almendros PH se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó que el actor sufrió accidente el 19 de mayo de 2015, que la Sika 10 es un producto inflamable. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Formuló la excepción previa de prescripción y las de mérito de inexistencia de solidaridad entre el contratista y la Agrupación de Vivienda Los Almendros PH, prescripción, inexistencia de relación laboral, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, inexistencia de culpa de la demandada y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las aspiraciones argumentó que ha actuado de buena fe. Refirió que no existe conexidad entre las labores adelantadas por el actor y las propias de la agrupación de vivienda (fls. 159 a 169)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor John Jairo Rueda Peralta y Mauricio Monsalve Correal existió un contrato a término indefinido que se desarrolló entre el 27 de marzo y 31 de diciembre del 2015.

SEGUNDO: DECLARAR culpa del señor Mauricio Monsalve Correal en el accidente de trabajo ocurrido el 19 de mayo del 2015 al señor John Jairo Rueda Peralta.

TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción

CUARTO: Condenar al señor Mauricio Monsalve Correal a pagar al señor John Jairo Rueda Peralta

- a. \$188.755.372.091 por lucro cesante consolidado y futuro
- b. \$15.00.000 por perjuicios morales y
- c. \$10.000.000 por perjuicios fisiológicos.

QUINTO. CONDENAR al señor Mauricio Correal a pagar a la señora Isabel Peralta Ruiz por perjuicios morales la suma de \$10.000.000

SEXTO. ABSOLVER a la Agrupación Los Almendros, de todas las pretensiones incoadas en su contra

SÉPTIMO. Condenar en costas al señor Mauricio Monsalve Correal, liquídense con la suma de \$10.000.000 a título de agencias en derecho

En lo fundamental señaló que el empleador no actuó con el suficiente cuidado y diligencia que lo hubiere hecho un buen padre de familia, pues no previó el riesgo al que expuso al actor, quien desarrollaba una actividad peligrosa, ya que no elaboró protocolos y matrices para identificar y contrarestar los peligros a los que estaba expuesto, no le ofreció una salida segura, no se ocupó de confirmar el cierre de las válvulas de gas en la copropiedad, ni que la información sobre la actividad adelantada hubiere sido comunicada a los residentes, a más, no demostró haber adelantado la investigación del accidente pese a que el promotor sufrió un accidente grave y estaba en la obligación de informar a la ARL. Señaló que de haber existido concurrencia de culpas, esta circunstancia no exime al empleador de pagar la indemnización plena de perjuicios.

Señaló que los perjuicios morales no exigen prueba pericial y el pesar de las secuelas derivadas del accidente por las quemaduras que le generaron dolor físico y moral.

De otro lado, consideró que la actividad desempeñada por el actor no puede entenderse comprendida en el objeto primigenio del conjunto, razón suficiente para eximirla de responder solidariamente por las condenas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes el demandante y el demandado Mauricio Monsalve Correal apelaron lo resuelto.

El demandante manifestó que la Agrupación de Vivienda Los Almendros debe ser condenada a responder solidariamente por las condenas impuestas, por cuanto generó el riesgo. A más aunque tenía a su cargo la obligación de incluir dentro de la matriz del riesgo las labores que desarrollaba el trabajador no lo hizo. Por otra parte, sostuvo que dentro del objeto social de la copropiedad están todos los actos y negocios jurídicos que se realicen sobre los bienes comunes por su representante legal, relacionados con la estabilidad, funcionamiento, conservación, seguridad, uso, goce o explotación de los bienes de uso particular. Para tal fin existen bienes comunes esenciales como el terreno, la construcción, los servicios públicos, fachadas y techos, vías de acceso a las unidades; por ello, el mantenimiento o reparación de las fachadas no puede ser considerada una actividad ajena al objeto social del conjunto.

Refirió que el contrato celebrado entre Monsalve y la agrupación consistía en las fachadas y reiteró que en la matriz de riesgo ninguno de los dos incluyó las labores que ejecutó el actor y ocasionaron el accidente.

Señaló que existen normas supranacionales integrantes del bloque de constitucionalidad que deben ser aplicadas como el artículo 2 de la Resolución 957 de la Comunidad Andina de Naciones en el cual se indica que siempre que dos empresas realicen actividades en un mismo lugar de trabajo los empleadores serán responsables por la aplicación de las medidas de protección y prevención frente a los riesgos del trabajo.

Sostuvo que para el momento en que acaeció el accidente estaba vigente el Decreto 1443 de 2014, que dispone su aplicación por todos los empleadores públicos y privados, contratantes de personal bajo contratos civiles, comerciales o administrativos, por tanto el sistema de seguridad en el trabajo es aplicable a todos, no solamente al contratista.

De otro lado, argumentó que el accidente impactó significativamente la vida del actor, se quemó el 53% de su cuerpo, lo que le impide tener cualquier relación íntima, además perdió su hogar, esposa, no tiene pinza, por tanto no puede comer, presenta dificultades para transportarse y le fue establecida pérdida de capacidad laboral superior al 60%. En consecuencia estima muy baja la de \$15.000.000, por perjuicios morales y solicita elevarla. Igual circunstancia plantea respecto de la suma reconocida a la madre del actor, por considerar que \$10.000.000 no son suficientes para el sufrimiento de una madre que tuvo que ver que le reconstruyeran las manos a su hijo, quien lo ha cuidado, recurriendo incluso a la limosna para poder proveerle, en los dos años que tardó en salir la calificación.

Por su parte, el demandado Mauricio Monsalve solicitó revocar la decisión de primera instancia por considerar que para declarar la existencia de la culpa patronal, en la ocurrencia de un accidente de trabajo, la misma debe estar suficientemente comprobada, empero en el asunto bajo examen el actor no cumplió con la carga de demostrar tal circunstancia, pues lo que quedó probado fue que actuó con diligencia y cuidado frente al demandante, le proporcionó la dotación e implementos de trabajo necesarios para realizar las labores, lo que impidió que las consecuencias del insuceso fueran más graves..

Alegó que contrario a lo considerado por el Juzgado, el demandante recibió capacitación para laborar en alturas y en la misma fecha del accidente suscribió formato de trabajo seguro con el cual se demuestra que fue capacitado sobre la aspersion que debía realizar. Refirió que obra prueba según la cual la copropiedad mediante circulares informó a los residentes qué cuidados adicionales a los de un día común debían

observar. Refirió que esta circular aunque carece de fecha debe tenerse por entregada el mismo 19 de mayo de 2015, porque en este día se inició el trabajo de aspersión en vacío como lo manifestó el testigo (sin mencionar nombre). Además, el testigo Elkin Silva refirió que en la cartelera que está a plena vista de todos, estaban las recomendaciones a acatar mientras se aplicaba y realizaba el trabajo.

Señaló que se cerraron todos los servicios públicos, incluidas las válvulas de gas lo que resulta irrelevante ya que el accidente se produjo por **un encendedor manipulado por un residente del conjunto**. En relación con la matriz de riesgo y la falta de investigación del accidente, refirió que si la adelantó pero para el momento en que contestó la demanda no los tenía en su poder.

Sostuvo que el demandante actualmente devenga pensión de invalidez y con ello se suplen las necesidades del lucro cesante consolidado y futuro, razón para revocar estas condenas, máxime cuando la mesada equivale al 100% del salario mínimo que percibía.

Finalmente, refirió que si bien el demandante presenta un menos cayo en su salud, no existe prueba mediante la cual se corrobore que su vida afectiva no transcurre normalmente y el dicho de un testigo no cumple el fin de demostrar la causación de perjuicios morales. Sostuvo que tampoco es dable ordenar el pago de perjuicios morales a la madre del trabajador, ya que no es cierto como alegó el apoderado que haya tenido que pedir para los transportes para llevar a su hijo al médico, porque la ARL estaba pagando las incapacidades que equivalen al 100% del salario que devengaba.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el demandado 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 es posible declarar que existió culpa

patronal de parte del Mauricio Monsalve y si en consecuencia debe ordenarse a los demandados pagar solidariamente la indemnización plena de perjuicios.

Es verdad probada que *i)* entre el demandante y el demandado Mauricio Monsalve existió un contrato de trabajo a partir del 27 de marzo de 2015, *ii).* que el 29 de mayo de 2015 el accionante sufrió accidente de trabajo (fls 8 y 9), que le ocasionó múltiples quemaduras y una pérdida de capacidad laboral del 64.48%, determinada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez mediante dictamen del 28 de septiembre de 2017 (23 a 32)

La indemnización total y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, exige la demostración de la culpa patronal, que se constituye cuando los hechos muestran que faltó *«aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios»*. Es decir, que es presupuesto de esta indemnización, la existencia de la culpa suficientemente comprobada del empleador, la cual debe ser demostrada por quien la reclama, salvo, que se impute al empleador una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, evento en el que le corresponde al empleador demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, mediante la aportación de las pruebas que acrediten que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores.

El anterior entendimiento tiene sustento en decisiones proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia CSJ SL 7181-2015, reiterada en la CSJ SL 5546 de 2019, en la que adocrinó:

Aunque la Sala tiene definido que, según la preceptiva del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, al demandante le incumbe demostrar la culpa del empleador, no es menos cierto que también ha considerado que **cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de**

sus trabajadores. Así por ejemplo, en sentencia CSJ 26126 de 3 de mayo de 2006, expuso la Corte:

(...)

No puede olvidarse, además que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», tal como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil, por tanto, amén de los demás supuestos, probada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, en otras palabras, de diligencia y cuidado, se prueba la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados y, por consiguiente, si el empleador pretende cesar en su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquella, tal y como de manera genérica lo dice el artículo 1757 del Código Civil.

(...)

No hay dos pasos, sino uno solo, la prueba de la culpa es el incumplimiento de la obligación, en este caso de índole legal, que le impone al empleador ofrecerle a su trabajador medidas de seguridad. Nada más. Probado el incumplimiento, el empleador, como todo deudor, solo se libera de responsabilidad si acredita que obró con mediana diligencia en la adopción de las medidas de seguridad.

Recientemente al explicar cómo opera la carga de la prueba de la culpa de un empleador a quien se le reprocha su negligencia y memorar el criterio de antaño expuesto sobre ese asunto por el Tribunal Supremo del Trabajo, precisó esta Sala de la Corte en la sentencia del 10 de marzo de 2005, radicación 23656:

«Ciertamente, una vez se demuestra que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente, como medida de seguridad adoptada al efecto por la empresa, la carga dinámica de la prueba se traslada a ésta, dada su calidad de obligada que no cumple satisfactoriamente con la prestación debida, de conformidad con el artículo 216 del CST en concordancia con las normas que regulan la responsabilidad contractual.

Ahora bien, es oportuno poner de relieve, que el empleador para evitar cualquier accidente o daño en los que se vea afectado el trabajador, debe implementar una política de seguridad y salud en el trabajo, en lo pertinente regulada, por la Ley 9º de 1979, Resolución 2400 del mismo año, el Decreto 614 de 1984, la Resolución 1016 de 1989 de los Ministerios del Trabajo y Seguridad Social y de Salud, el Decreto 1295 de 1994, la Ley 776 de 2002, Decreto 1443 de 2014 y la Ley 1562 de 2012 (CSJ SL 2388 de 2020).

De ahí, que cuando acaece un accidente de trabajo y, se ha endilgado una conducta omisiva al empleador, éste debe demostrar que identificó los riesgos ocupacionales de manera oportuna y tomó las medidas de prevención correspondientes en atención a las condiciones generales y especiales de la labor desempeñada, tendientes a evitar que el trabajador, como se dijo, sufra menoscabo en su salud e integridad a causa de los

riesgos del trabajo. Estas obligaciones se encuentran previstas además, en los numerales 1º y 2º del artículo 57 del Código Sustantivo de Trabajo, según las cuales los empleadores deben *«(...) Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores»,* y procurarles *«locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud».*

De igual manera, el artículo 348 *ibídem* preceptúa que toda empresa está obligada a *«suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores»,* y a adoptar las medidas de seguridad indispensables para la protección de la vida y la salud de los trabajadores.

Lo visto en precedencia, muestra cómo las disposiciones sustantivas laborales, son unívocas en comprometer al empleador a cuidar y procurar la seguridad y salud de los trabajadores, así como a adoptar todas las medidas a su alcance en orden a prevenir los accidentes y enfermedades profesionales, en el entendido que tal como lo establece el artículo 81 de la Ley 9º de 1979, *“la salud de los trabajadores es una condición indispensable para el desarrollo socio-económico del país, su preservación y conservación son actividades de interés social y sanitario”.*

Claro lo anterior, discute el demandado Mauricio Monsalve la existencia de la culpa patronal al considerar que en el plenario obra suficiente material probatorio que demuestra que actuó diligentemente.

El accidente de trabajo objeto de análisis, según lo plantea el demandante en los hechos de la demanda sucedió el 19 de mayo de 2015, consistió en la generación de un estallido que le produjo quemaduras en gran parte del cuerpo, el cual se originó porque una de las habitantes conjunto residencial encendió una estufa, mientras se adelantaban el trabajo de impermeabilización con materiales inflamables. Relató que el

hecho se produjo porque la administración no informó a los residentes las medidas de seguridad que debían tomar.

Ahora, como quiera que en los asuntos en que se discute la existencia de culpa patronal los medios de convicción que contextualizan la forma en cómo ocurrieron los hechos deben ser analizados en conjunto y, a partir de su análisis otorgarles el mérito persuasivo correspondiente (SL1356-2021), a continuación, pasa la Sala a enunciar y tomar en consideración los elementos probatorios allegados por las demandadas.

El demandado Mauricio Monsalve allegó permiso para trabajo en actividades críticas adiado del 19 de mayo de 2015 /fl. 100). Formato análisis de trabajo seguro ATS, poco legible, suscrito entre otros por el accionante en el que relaciona dentro de las actividades «*alistamiento envasado sika*», se relaciona como riesgo potencial incendio. «*descolgada para impermeabilizado*» y aquí se relaciona el riesgo: «*explosión por acumulación de gases*» (fl 101). Aportó igualmente formato de entrega de dotación y elementos de protección personal en el que se evidencia no le fue entregado alguno de protección facial (fl. 102).

La demandada Agrupación de Vivienda Los Almendros trajo al plenario contrato de obra civil de mantenimiento general de fachadas (fl. 108 a 116) suscrito con el también demandado Mauricio Monsalve Correal, dentro del aparte de obligaciones del contratista se puede leer:

Realizar el cronograma detallado por semanas que indique la ejecución de los trabajos el cual deberá ser aprobado por EL CONTRATANTE y EL INTERVENTOS, el cual será de obligatorio cumplimiento

En el anexo 1 se relacionan entre otros: 1.0 PRELIMINARES ADMINISTRATIVOS Y PREVENTIVOS, 2.0 LAVADO E IMPERMEABILIZACIÓN DE LADRILLO A LA VISTA en este aparte y los siguientes de manera reiterativa se relaciona el uso de sika para la ejecución de las labores.

Aportó igualmente informe de interventoría del 20 de abril de 2015 al 14 de mayo de 2015 (fl 110), esto es en fecha anterior al accidente. También circular n.º 002 del 8 de abril de 2015 (fl. 134), en la que la administración de la agrupación informa a los propietarios de los apartamentos Bloque 1, interiores 7, 8 y 9, sobre el lavado de la fachada posterior y se emiten las siguientes recomendaciones:

1. DEJAR CERRADAS TODAS LAS VENTANAS
2. PREVENIR EL INGRESO DEL AGUA, POR LAS VENTANA DONDE PASA EL DUCTO DEL GAS
3. COLOCAR PLÁSTICO U OTRO ELEMENTO SOBRE LA PERSIANA PARTE SUPERIOR DE VENTANAS
4. RETIRAR OBJETOS, MUEBLES Y ENSERES CERNOS A VENTANALES

Milita a folios 135, Circular n.º 003 del 13 de abril de 2015, en la que se recomendó:

Dejar cerrado todas las ventanas
Retirar las cortinas
Prevenir el ingreso del agua, por la ventana donde pasa el ducto del gas (con plásticos y papel)
Colocar plástico u otro elemento sobre persiana parte superior de ventanas.
Retirar objetos muebles y enseres cercanos a ventanales. Esta área debe estar totalmente despejada).

De conformidad con el folio 136, la copropiedad emitió circular n.º 004, en la que se emiten recomendaciones con ocasión del lavado de ladrillos:

1. Retirar la mayor cantidad de elementos de los patios y/o taparlos (Lavadora, muebles, etc).
2. Retirar toda la ropa
3. Mantener los domos cerrados
4. No permanecer en el patio durante el proceso de lavado

La demandada aportó circular n.º 005 del 19 de mayo de 2005 (FL 137), en la que se relaciona el proceso de hidrofugado (sika transparente – 10) y se indica:

Siguiendo con las fases de mantenimiento general de fachadas, solicitamos de la manera más atenta sean tenidas en cuenta las recomendaciones que a continuación se relacionan así:

1. CUBRIR LAS REJILLAS DE VENTILACIÓN DE LOS DUCTOS DEL GAS, DE MANERA PROVISIONAL

2. ABRIR PUERTAS Y VENTANAS EXTERIORES, PARA MEJORAR LA VENTILACIÓN
3. NO ENCENDER ESTUFAS DURANTE EL PROCESO DE HIDROFUGADO
4. PERSONAS CON PROBLEMAS RESPIRATORIOS, FAVOR NO ESTAR PRESENTES, DURANTE EL PROCESO DE HIDROFUGADO
5. RETIRAR LOS ELEMENTOS, ROPAS, UTENSILIOS, ENTRE OTROS, DE LOS PATIOS. IGUALMENTE CERRAR LA PUERTA DE ACCESO A DICDHO PATIO

A folio 138 fue aportada Circular n.º 006 del 1 de junio de 2015, en la que se informa que el proceso de hidrofugado se reinicia a partir del 3 de junio de 2015 desde las 8:00 y se solicita tener en cuenta las siguientes recomendaciones:

1. No dejar solos a personas de la tercera edad, niños y animales (Mascotas)
2. Personas con problemas respiratorios, favor NO estar presentes durante el proceso de hidrofugado
3. Cubrir las rejillas de ventilación de los ductos del gas, de manera provisional.
4. Retirar todos los elementos, ropas, utensilios, entre otros de los patios
5. Abrir puertas y ventanas para mejorar la ventilación
6. No encender estufas durante el proceso de hidrofugado.
7. No fumar
8. Reportar los peligros, situaciones o condiciones inseguras que detecten durante la ejecución de la obra.

En esta circular además se anuncia la suspensión de los servicios públicos de gas natural y energía.

A folio 149, obra circular n.º 2, sin fecha relaciona el bloque 2 torres 30 a 40 y bloque 3 torres 10 a 17, en las que se relacionan a más de las recomendaciones impartidas en la Circular n.º 5, la de informar al interventor o directamente a la administración alguna novedad o situación relacionada con su apartamento que usted considere importante

El demandante por su parte, allegó informe de accidente de trabajo en el que se describe: *«ERAN ALREDEDOR DE LA 1:15 PM CUANDO EL TRABAJADOR ESTÁ IMPERMEABILIZANDO LA FACHADA EN LADRILLO, DE REPENTE UN RESIDENTE PRENDIÓ LA ESTUFA Y HUBO UNA EXPLOSIÓN LA CUAL AFECTÓ AL TRABAJADOR GENERÁNDOLE QUEMADURAS EN LA CARA Y EL CUERPO»* (fls. 8 y 9)

Ahora bien, a solicitud de la parte demandante fue decretado el testimonio de Juan Oibar Martínez Árias quien manifestó que es amigo del

actor desde hace 22 años. Narró que laboró con el accionante en la Agrupación de Vivienda Los Almendros allí iniciaban la jornada con una charla de 5 a 10 minutos, luego adelantaban la labor rutinaria consistente primero en subir, amarrar los equipos, y emboquillar, el segundo proceso era lavar, el tercero siliconar y el cuarto lavar los vidrios. Afirmó que recibieron capacitación para trabajos en alturas. Aseguró que estuvo presente en el momento en que acaeció el accidente, pues estaba desarrollando el trabajo con el actor en una cubierta de las torres del conjunto

Manifestó puntualmente: *«estábamos impermeabilizando con el tanque, yo ya había hecho tres bajadas, ya había hecho un vacío, yo inicié labores el 19 de mayo en horas de la mañana a horas del medio día ya había hecho un vacío, yo ya había hecho mi tarea. Le tocaba a él, entonces él se descuelga y desciende hace su proceso de ejecución y baja hasta el último piso, mientras que él ya se va a soltar de descendedor de donde iba amarrado, entonces yo subí la manguera del compresor y de un momento a otro el señor Jhon Jairo le golpea a la señora del primer piso donde estábamos impermeabilizando y la señora le dice que espere un momento y la señora prende una mechera, como que a calentar un tinto cuando el fogonazo. Yo lo único que hice fue apenas lo descendí en la tabla y lo bote para que él no siguiera estando ahí prendido o quemado»*

Dijo que su compañero estaba a una altura de dos metros *«yo lo lancé a botar y cayó al primer piso y ya el mismo del dolor que no lo tocara, que le ardía mucho, toco levantarlo a la fuerza y sacarlo a los parqueaderos de los brazos y de los pies fue arrastrándolo con los compañeros que habíamos ese día»,* y le brindaron apoyo, cuando llegó la ambulancia le quitaron el equipo, el casco el tapabocas, los guantes y al retirar el arnés *«se le pegaba a la carne a la ropa».*

Refirió que para ejecutar sus funciones subían al 5º piso y allí colocaban una escalera para subir al sexto que era la cubierta de ahí descendían y tenían que golpear el los huecos de los patios y obligatoriamente salir por un primer piso. También que no vio ningún

documento acta o permiso que comunicara a los residentes los riesgos que se generaban con los químicos *«eso lo hicieron después de que pasó el accidente»*. Además informó que con posterioridad al accidente sufrido por el promotor del juicio se prestaron otros dos.

Señaló que antes del accidente compartía tiempo con el actor jugando fútbol o parques, después se perdió se *«acabó, se desconcentró mucho, mucho»*, ya no comparten ninguna actividad recreativa, él está deprimido y decaído. A raíz del accidente la mujer lo alejó. Aseguró que la madre del demandante es la persona que siempre estuvo al tanto de su cuidado, lo sabe porque distingue el núcleo familiar y sabe de su apoyo

A petición de la demandada Agrupación de Vivienda Los Almendros fueron decretados los testimonios de Emperatriz Pinzón Rodríguez, Juan Manuel Niño Corredor y María Cecilia Páez y Elkin Alexis Silva Cobaleda, los tres primeros no se practicaron como quiera que los deponentes no comparecieron en la hora y fecha señalada por el demandante. Silva Cobaleda, Ingeniero Civil, especialista en patología de la construcción, fue quien adelantó la interventoría de la obra, contratado por la agrupación de vivienda, tenía a su cargo toda la vigilancia y control de la obra de mantenimiento. Refirió que iba prácticamente todo los días, pero no estuvo presente en la hora y fecha en que ocurrió el accidente. Refirió que estaba almorzando cuando escuchó el ruido de las ambulancias y cuerpo de bomberos, pero no pensó que fuera de la agrupación, luego telefónicamente le informaron lo sucedido.

Adujo que la agrupación y el contratista establecieron condiciones claras de la forma como debían ejecutarse las funciones, en todo caso, previo a iniciar la obra estaban las de difundir unas circulares con consecutivo donde se advierte a la comunidad, al contratista y a todo el conjunto sobre el inicio de la obra, las actividades a realizar, la presencia de trabajadores, la asignación a estos de un salón social. *«iniciando la obra se establecen unas normas generales para la obra que tienen que ver con la seguridad, se emanan también las circulares a partir de la primera y de ahí para allá se emanan una serie de circulares»*. Aseguró que la información se

fijó en cartelera amplia en la recepción y no se vio la necesidad de adelantar más acciones, pues entendieron que había claridad suficiente. También se estableció un formato de quejas y reclamos.

Luego manifestó *«debe haber un documento donde se le avisaba a la comunidad con anterioridad de que íbamos a aplicar el sika 10 e incluso se coordinaba con la administración el cierre de la válvula central. Primero se trabajaba torre 1 a la 9 ahí quedaba ese tramo suspendido para aplicar el sika 10, porque como lo manifiesta usted es un componente químico que hay que darle un tratamiento especial de cuidado y manejo, el cuidado es tanto que cuando el contratista llega con el químico al conjunto es donde le decimos que debe aislarlo y debe dejarlo aislado de los demás materiales, se asignó un área para que dejara este material alejado de la comunidad y los trabajadores y así se fue ejerciendo el control para la aplicación del producto.»*

Complementó señalando que *«cuando se iba a aplicar el sika 10, era cuando coordinábamos con la administración que autorizara el cierre del gas para minimizar los riesgos, ahí era donde actuábamos nosotros, básicamente el servicio más importante era el cierre de la válvula del gas y se informaba a la comunidad mediante una circular» «se les solicitaba el apague de las estufa, que íbamos a entrar con material inflamable, para impermeabilizar los ladrillos, que abrieran ventanas, que si habían personas con problemas respiratorios se alejaran, todo eso se estipulaba antes de iniciar».* Afirmó que el día del accidente se coordinó el cierre de válvulas y se le informó al a comunidad sobre esta actividad y al contratista. Empero luego dijo *«pues doctora la verdad ellos estaban trabajando y yo almorzando, pero en esos momentos no me acuerdo exactamente si se cerró la válvula, tengo claro que se emitían las circulares previniendo del riesgo que se asumía, todo mundo era informado antes de, pero lo de la válvula no recuerdo si en ese momento se cerró o no»*

Aseguró que la ficha técnica señala que el producto debe ser aplicado con rodillo, aspersor o tapete. Desde su experiencia, todos los procesos son seguros siempre que el trabajador esté protegido. Para el

caso de vacíos o áreas confinadas se recomienda que *«se aplique con tapete para evitar que la aspersión o las moléculas del producto sean más volátiles y pues se le recomienda que fuera con tapete»*. Admitió que la intervención de las fachadas se aplicó con aspersor y se controló porque no hubo problemas y ya la parte interna

Dijo que cada quince días se rendían a la administración informes de interventoría, nunca encontró fallas, pues el contratista tenía experiencia, personal, incluso un SISO que se encargaba de la seguridad de los trabajadores y nombraba un líder. Dijo que vio como el contratista Monsalve Correa adelantaba charlas diarias y reuniones con sus trabajadores y les explicaba cómo usar y aplicar el producto. Refirió que la matriz de peligro es *«donde se establecen los niveles de riesgos donde se catalogan en bajos, medios y altos, pero en este caso el contratista lo hacía bajo el acta que le hacía a cada trabajador, hay un documento donde se le informa al trabajador de la labora a seguir y él queda enterado»*

Por solicitud de Mauricio Correal fueron decretados los testimonios de Elka Anidú Caro Ferro, Jhon Navarrete, Fernando Franco, Juan Castiblanco, Víctor Rueda y Misael Montes, empero ninguno de ellos compareció.

Ahora bien, de las citadas probanzas, se concluye que Jhon Jairo Rueda Peralta cuando se produjo el accidente de trabajo se ocupaba de aplicar sika 10, que de conformidad con la ficha técnica (fls 6 y 7) se trata de un líquido inflamable – categoría 3, con peligro de aspersión 1, y como consejos de prudencia y prevención entre otros se establecen los de:

P210 **Mantener alejado del calor, de superficies calientes, de chispas, de llamas, abiertas y de cualquier otra fuente de ignición. No fumar.**

P280 Llevar guantes/gafas /mascara de protección

P370 + P378 En caso de incendio: Utilizar arena seca, producto químico seco o espumas resistentes al alcohol (negrilla y subraya fuera del texto)

De la peligrosidad del producto eran conocedores el empleador y el interventor Elkin Cobaleda según se extrae de su dicho. También advierte la Sala que el contratista no generó la fuente de ignición.

No obstante lo anterior, para este Tribunal no cabe duda de la responsabilidad del empleador en el accidente laboral que produjo afectaciones al demandante Jhon Jairo Rueda Peralta, pues omitió las obligaciones de diligencia y cuidado que recaen en el deber de información y ejecución de medidas de protección y prevención necesarias para la gestión de los riesgos laborales conforme a lo dispuesto en los artículos 21, 56, 58 y 62 del Decreto 1295 de 1994 y demás normativas concordantes, como se pasa a explicar. Veamos:

Para esta Colegiatura aunque el empleador Mauricio Monsalve identificó el riesgo al que podía estar sometido el trabajador según se lee en formato análisis de trabajo seguro ATS, en el que se enunció dentro de las actividades *«alistamiento envasado sika»*, y se previó como riesgo potencial incendio. *«explosión por acumulación de gases»* (fl 101), no se ocupó de verificar que las válvulas de gas y el servicio de energía en la torre en la que se adelantaba el trabajo hubiese sido suspendido. Siendo esta la causa eficiente que generó la fuente de ignición que produjo las lesiones al actor.

Importa destacar, que en el informe de accidente de trabajo, quedó consignado que la conflagración se produjo porque una residente *«PRENDIÓ ELA ESTUFA»*. El testigo Juan Oibar Martínez Árias quien fue compañero de labores del actor el día del infortunio, dijo que la explosión se produjo porque la señora del primer piso por donde debía salir el accionante encendió una mechera para prender la estufa (fls. 8 y 9), es decir, que el actor ejecutó sus funciones expuesto a un potencial riesgo que se concretó en la generación de sus lesiones.

Al verificar las circulares emitidas por la Agrupación de Vivienda, es fácil identificar que en las emitidas 8 y 13 de abril de 2015, 11 de mayo de 2015, en ninguna de ellas se advierte a los residentes sobre el riesgo que implica el uso de sika 10 o se les insta para abstenerse de encender estufas, recomendación que solamente fue incluida en la Circular n.º 5 del 19 de mayo de 2019, coincidentemente la misma fecha en que el ocurrió el siniestro. Ahora no está probado en qué hora del día fue emitido este documento, tampoco si fue puesto en conocimiento de los residentes. Con todo es claro que la advertencia no podía ser emitida el mismo día en que se adelantaría el trabajo, porque muchos residentes no la conocerían.

Frente a este punto es claro que el empleador no se ocupó de verificar que la administración cumpliera con su deber de poner en conocimiento de los habitantes de la agrupación de vivienda los trabajos que se adelantaban y las medidas que debían observar para no poner en riesgo su propia integridad y la de los trabajadores. Por demás sorprende que las circulares emitidas en día dele siniestro y las posteriores a esta, si invitan a los residentes a no encender estufas durante el proceso de hidrofugado y no fumar.

De otra parte, es claro que el empleador a sabiendas de la peligrosidad del material utilizado no se ocupó de verificar que el día en que se produjo el insuceso, el suministro de gas y energía hubiera sido suspendido en la torre que se estaba impermeabilizando. No hay elemento de convicción que permita corroborar que requirió a la administración para que certificara tal hecho, incluso el interventor de la obra al rendir testimonio aunque aceptó que tal suspensión era necesaria, aceptó que no podía afirmar que el 19 de mayo a la hora en que ocurrió el accidente el demandante las válvulas de gas estuvieran cerradas. Aquí resalta la Sala que al empleador no se le exige haber cortado el suministro, lo que se le reprocha es no haber verificado con el personal responsable que previo a iniciar las labores la torre no tenía suministro de gas y energía.

Argumenta la Parte demandante que cumplió con sus deberes de afiliarse al demandante a seguridad social, lo que mereció el reconocimiento

de pensión de invalidez por parte de la ARP, que capacitó al trabajador para trabajos en alturas, que le entregó los elementos de protección. Empero como se vio en precedencia, la culpa deriva de una omisión, no de una acción, ello en el entendido en que el empleador debe prevenir los riesgos inherentes a su actividad económica, derivados de las tareas específicamente contratadas. Paralelamente, debe prevenir los riesgos específicos que son los contemplados en la ley que reglamenta las obligaciones generales de prevención frente a la realización de una tarea puntual, pero además y no menos importante, el empleador está obligado a prevenir los llamados riesgos excepcionales, que se originan por las circunstancias en las cuales deben ser ejecutadas las funciones que lo conminan a tomar medidas especiales de prevención y protección (SL16367-2014).

En función de lo analizado, se concluye que el actuar del empleador no se sujeta a las disposiciones que en materia de seguridad y salud en el trabajo debe cumplir, por lo que existe nexo causal entre la conducta desprovista de diligencia del empleador y las lesiones del trabajador, pues aunque la chispa que generó el incendio, no fue generada por el empleador, este tenía la obligación de contemplar el riesgo excepcional al que se exponía el trabajador y adelantar todas las gestiones a su cargo para impedir que los mismos se materializaran, pero como se vio no actuó con diligencia, pues no verificó que la copropiedad hubiere informado sobre los riesgos a los residentes y tampoco verificó la suspensión del suministro de gas y energía. Así las cosas, se reitera que no acreditó que en los instantes previos al accidente de trabajo identificó, conoció, evaluó y controló el potencial riesgo al que estaba expuesto su trabajador por lo que debe responder por la indemnización plena de perjuicios.

Es conveniente señalar aquí, que contrario a lo aducido por el demandante, la culpa patronal no desaparece por el hecho que el demandante disfrute actualmente de una pensión de invalidez, pues la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que son compatibles e independientes las prestaciones que reconoce el sistema de riesgos laborales y las sumas que debe asumir el empleador por concepto

de indemnización plena de perjuicios contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que las primeras son de naturaleza prestacional y la segunda meramente indemnizatoria (CSJ SL, 30 nov. 2010, rad. 35158, CSJ SL10985-2014, CSJ SL5463-2015, CSJ SL1073-2021), por tanto no es posible eximir a al demandando de pagar lucro cesante consolidado ni futuro, por el hecho que la ARL haya reconocido pensión de invalidez.

Ahora, conforme la jurisprudencia los perjuicios morales son equivalentes al precio del dolor físico y de las afecciones psicológicas padecidas por el trabajador o beneficiarios, los cuales se componen del daño moral y del daño de la vida en relación (Sentencia del 6 de julio de 2011, radicado 39867 reiterada en la SL1525-2017).

Respecto de los implorados perjuicios, ante la evidente dificultad de cuantificarlos monetariamente, el juez tiene la potestad de fijar su monto según su prudente juicio y con apoyo en el «*arbitrio iudicis*» tal como lo ha puntualizado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL9355-2017. Igualmente, la misma Corporación en sentencia de 6º de jul. 2011, radicación 39867, al referirse a la tasación del daño moral, señaló que:

“La tasación del perjuicio extrapatrimonial (Arbitrio juris). Viene al caso memorar lo asentado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de octubre de 2008, radicación 32.720 en cuanto a que en realidad, el pretium doloris o precio del dolor, como desde antiguo lo identifica la doctrina, queda a discreción del Juzgador, siguiendo la jurisprudencia nacional y teniendo en cuenta la consideración humana y con ella su dignidad, al amparo de los artículos 1º y 5º de la Carta Política, con el fin no sólo de garantizarle al afectado sus derechos, sino también de satisfacerlos de alguna manera.

Para ello deberán evaluarse las consecuencias psicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño padecido por el accidente de trabajo. «Aunque la ley le otorga a los juzgadores la facultad de cuantificar los perjuicios morales, ello no se traduce en que sea caprichosa; puesto que el director del proceso debe observar para su determinación la sana crítica y las reglas de la experiencia, y entre otros factores, el vínculo afectivo. Dicho en breve: entre mayor, fuerte y estrecho sea el lazo afectivo y de familiaridad con la víctima, mayor debe ser el precio del perjuicio».

Bajo este panorama, la tasación del *pretium doloris* o precio del dolor, queda al arbitrio del juzgador, para lo cual debe considerarse el impacto emocional por el daño causado y el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1 y 5 de la Constitución Política.

En el presente asunto no hay duda que el demandante sufrió una pérdida de capacidad laboral del 64.48% ocasionada en razón del accidente de trabajo, que le generó quemaduras en cara, cuello y brazos, según quedó consignado en dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (fl. 23 a 32).

Así las cosas, la Corporación considera que la condena impuesta en primera instancia de reconocer a Jhon Jairo Rueda Peralta por daños morales \$15.000.000 debe ser modificada y ordenarse el pago de \$25.000.000, como quiera que el actor a raíz del siniestro laboral sufrió quemaduras en el 54% de su cuerpo «*con mayor repercusión en manos que no realizan pinza, agarres, ni cierre de las mismas*» situaciones que innegablemente le han ocasionado no solo dolor físico, sino congoja ante las evidentes secuelas visibles en más de la mitad de su cuerpo. En consecuencia, se ordenará pagar por concepto de perjuicios morales al demandante la suma previamente señalada.

De otra parte, se recuerda que de vieja data la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que cualquier persona diferente al trabajador que tenga una relación jurídica con este y acredite haber sufrido un daño cierto en sus condiciones materiales o morales, con ocasión de la muerte, discapacidad o invalidez generadas con el infortunio laboral, en el cual haya mediado culpa suficientemente comprobada del empleador, está legitimada para solicitar el reconocimiento de la indemnización plena por perjuicios (SL 440-2021). En paralelo, ha dejado sentado que no basta afirmar que el hecho dañino generó un perjuicio moral, sino que se hace necesario demostrar los lazos de parentesco o de cercanía con la víctima y la incidencia de la muerte o el accidente en los sentimientos íntimos del damnificado por la conducta del empleador.

En sentencia SL 13074 – 2014, rememorada recientemente en sentencia SL 278-2021, el órgano de cierre asentó frente a la presunción de hombre “*presunción hominis*” o presunción judicial lo siguiente:

La jurisprudencia de esta Corte la ha entendido como aquella en donde la prueba «dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo. Las bases de ese razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contrario, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por su padres, hijos, hermanos o cónyuge» (sentencia CSJ SC del 5 de may./1999, rad. 4978).

Lo anterior significa que se presume el dolor, la aflicción, la congoja de quien invoca y, desde luego, prueba la relación familiar con la víctima directa; condición no solamente anclada, como lo ha dicho esta Sala, en lazos de amor y cariño y forjada en la solidaridad, la colaboración y el apoyo mutuos, sino también a través de un vínculo consanguíneo, afín, por adopción o de crianza. (Relatado fuera del texto original).

Ahora bien, como presunción que es, resulta insoslayable la circunstancia de que puede ser derruida por el llamado a reparar los perjuicios, laborío que cumple en cuanto acredite, que pese a que la persona reclamante forma parte del núcleo familiar, las condiciones, por ejemplo, de fraternidad y cercanía mencionadas no existieron.

Por lo expuesto, estima la Sala que es procedente reconocer perjuicios morales a la señora Isabel Peralta Ruiz, madre del demandante, en la cuantía determinada por la Jueza en uso de su facultad *arbitrio iuris*, pues más allá del dolor natural sufrido en su calidad de madre no se probó que padezca una congoja que amerite una resarcimiento superior

Responsabilidad solidaria

Se precisa que la solidaridad tiene que provenir bien de una fuente legal o contractual, en este caso, es el artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo quien señala que los beneficiarios de la obra deben de responder. En virtud de esta norma se hacen extensivas las obligaciones prestacionales o indemnizatorias del contratista al dueño de la obra conexas con su actividad principal, sin que pueda confundirse tal figura jurídica con la vinculación laboral. La relación laboral es única y exclusivamente con el contratista independiente, mientras que la relación

con el obligado solidario apenas lo convierte en garante de las deudas de aquél (SL175-2021).

Ahora, no puede olvidarse que la responsabilidad solidaria es la regla general, de suerte que su destinatario solo puede exonerarse si demuestra la ausencia de cualquier relación entre la labor del trabajador y sus actividades normales. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2067-2021, rememoró lo considerado en sentencia con radicación 35392 del 26 de octubre de 2010, indicar:

“(…) la interpretación del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo pasa por considerar que de acuerdo con su redacción, la responsabilidad solidaria del beneficiario o dueño de la obra es la regla general, y sólo “a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio”, desaparece la obligación de salir a responder por salarios, prestaciones, e indemnizaciones del contratista, lo que de contera, comporta que la carga de probar la excepción gravita sobre quien la alega. Así debe ser, además, porque esa exclusión de responsabilidad, basada en el carácter del beneficiario o dueño de la obra, conllevaría una discriminación negativa desfavorable al trabajador, sujeto contractual al que le resulta indiferente ese aspecto, toda vez que, en cualquier caso, el espíritu de la norma es proveer por una mayor protección a los derechos que se generan de la relación de trabajo”

Así las cosas, si objeto social del contratante no está relacionado con el giro o la actividad del contratista independiente, ni hay afinidad entre ellas, no se configura la solidaridad, pues no basta con que se cubra cualquier necesidad del beneficiario, sino que se requiere que se trate de una función que corresponda al giro ordinario de sus negocios.

Pues bien, dispone el artículo 32 de la Ley 675 de 2001 dispone:

ARTÍCULO 32. OBJETO DE LA PERSONA JURÍDICA. La propiedad horizontal, una vez constituida legalmente, da origen a una persona jurídica conformada por los propietarios de los bienes de dominio particular. Su objeto será administrar correcta y eficazmente los bienes y servicios comunes, manejar los asuntos de interés común de los propietarios de bienes privados y cumplir y hacer cumplir la ley y el reglamento de propiedad horizontal.

Ahora de conformidad con el contrato de obra civil de mantenimiento general de fachadas suscrito entre los demandados (fl. 108 a 116) y lo que ha resultado probado en el proceso, el demandado fue contratado en

términos generales para lavar e impermeabilizar las fachadas de las torres, es decir para el mantenimiento y embellecimiento de los edificios.

A efecto, viene recordar, que en sentencia CSJ SL, 5 feb. 2004, rad. 38654, se dijo:

En las anteriores circunstancias, si el objeto social del Edificio Terminal de Transportes de Ibagué, no está relacionado con el giro o la actividad del contratista que ya se dejó descrita con precedencia, y tampoco emerge alguna afinidad entre ellas, la solidaridad que contempla el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo no puede deducirse en el sub judice, pues el hecho de que la propiedad horizontal deba hacer reparaciones y mantenimiento al edificio, así como cuidar la conservación del mismo, esa sola circunstancia no puede conducir a que se derive la supuesta afinidad que dedujo en forma equivocada el sentenciador de alzada entre las labores que desarrolla el contratante y las que ejecuta el contratista, pues para que esa solidaridad se configure, no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí sucede, sino que se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico.

Bajo este panorama es claro que Mauricio Monsalve Correal, contratista independiente del caso se dedica a un negocio diverso del que ocupa a la Agrupación de Vivienda Los Almendros y si bien con la obra contratada esta buscaba cubrir una necesidad propia, ello no implica una actividad permanente, pues tan solo se prolongaría hasta que se culminara el lavado e impermeabilización de las torres, actividad que no es permanente, o continua en las propiedades horizontales. Así las cosas como la agrupación de vivienda requería de los servicios de Monsalve Correal para satisfacer una necesidad propia pero extraordinaria no está llamada a responder solidariamente como acertadamente concluyó la Jueza de conocimiento.

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

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

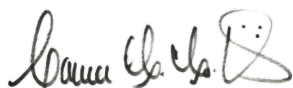
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 5 de mayo de 2021 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C. únicamente en relación con la condena por concepto de perjuicios morales, los que serán de \$25.000.000.

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

TERCERO: Sin COSTAS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 036 2020 00154 01
DEMANDANTE: CARMEN ROSA BOCANEGRA ORTEGÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A.- contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de abril de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «*nulidad*» del traslado y de la afiliación en pensiones a través de la AFP Porvenir S.A. y el posterior cambio horizontal a Protección S.A. En consecuencia, se ordene a las AFP a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a Colpensiones. A esta última activar la afiliación, aceptar y a recibir los aportes. Se disponga a las AFP Porvenir y Protección a pagar las costas del proceso, se reconozcan los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* (expediente digital documento 01 fl.1 a 20, subsanación documento 03 fl. 2 a4).

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 15 de abril de 1959, se afilió al Instituto de Seguros Sociales en febrero de 1977, también cotizó a la Caja Nacional de Prevención-Cajanal, cuando prestó servicios a la Rama Judicial a partir de 1986. Adujo que es beneficiaria del régimen de transición ya que contaba con más de 15 años cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP la Porvenir S.A. el 12 de diciembre 1996 y realizó traslados horizontales a las AFP Colfondos S.A., y Protección S.A. esta a la cual se encuentra actualmente afiliada. Adujo que los fondos privados no le brindaron información suficiente, adecuada y completa acerca de las características, ventajas y desventajas de cada régimen. Finalmente, que solicitó a Protección y Porvenir el cambio de régimen, el cual fue negado (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 20, subsanación archivo 03 fls. 2 a 4).

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. Expuso que no procede declarar la nulidad del acto, toda vez no se probaron hechos atentatorios del derecho de afiliación al sistema de seguridad social, por cuanto el traslado obedeció a la voluntad libre y consciente del afiliado (expediente digital, archivo 10 fls.1 a 25).

La AFP Colfondos S.A. se opuso a la prosperidad de las súplicas. Acepto la data de natalicio de la demandante. Manifestó que los demás hechos no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimientos, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, indicó que cumplió con las formalidades para la afiliación y la actora voluntariamente seleccionó el régimen, permaneció más de 20 años en el

RAIS y así ratificó su voluntad de vincularse. Adicionalmente no hizo uso del derecho de retracto (expediente digital, archivo 11 fls. 1 a 13).

La AFP Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la data de nacimiento de la actora, la afiliación actual a esta administradora, la solicitud de traslado y su respuesta. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, *«reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»*, *«inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»* y las demás declarables oficiosamente. Expuso que ha actuado de buena fe y con apego a la ley. Señaló que la actora suscribió el formulario de afiliación voluntariamente y que en el traslado cumplió con la obligación de informar y dar buen consejo (expediente digital, archivo 12 fls. 1 a 24).

Colpensiones se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación al RPM y la actual afiliación a la AFP Protección S.A. Manifestó que no le constan o no son ciertos los restantes hechos. Formuló las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y de ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, *«inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política)»*, buena fe de Colpensiones, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para no pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la demandante no acredita los supuestos

legales para la declaración de ineficacia y/o nulidad del traslado. Arguyó que la actora reafirmó su voluntad de permanencia en el RAIS con los traslados horizontales. Además de esta incurso en prohibición legal de traslado al faltarle menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión. (expediente digital, archivo 15 fls. 1 a 19).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 1 de abril de 2022 (expediente digital, archivo 24), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora Carmen Rosa Bocanegra Ortegón del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, el cual se dio a través de formulario de afiliación suscrito el día 12 de diciembre de 1996, a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a Protección S.A. a normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, 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, con los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir y Colfondos a trasladar a Colpensiones, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante durante la vigencia de la afiliación con las mismas, incluidos los gastos de administración, comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas. Líquidense como agencias en derecho con la suma de un (1) SMLMV a cada una de las demandadas.

Como sustento de su decisión, concluyó que la AFP Porvenir S.A. a la cual se hizo el traslado inicial no demostró que suministró a la demandante información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que le traería a su futuro pensional la

decisión de cambiarse como tampoco las demás AFP con las cuales hizo los traslados horizontales.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones imploró revocar la decisión, al argumentar que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica y que la entidad es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado declarado ineficaz por tanto no puede verse afectado con las consecuencias de la sentencia. Arguyó que con la decisión se afecta el equilibrio financiero del sistema general en pensiones, pues se enfrenta a la entidad a reconocer una posible pensión a quien está incurso en prohibición legal de retornar en razón de la edad. En caso de declarar el retorno de la accionante se condene a las AFP que incumplieron con su deber legal que paguen los perjuicios económicos en virtud de la teoría del daño.

Porvenir S.A., arguyó que no es procedente declarar la ineficacia del traslado, toda vez que no se acreditó la configuración de algún vicio del consentimiento. Frente a la falta del deber de información la demandante al rendir declaración de parte, dio indicios de conocer las características y condiciones de los regímenes pensionales, incluso señaló que en el año 2006, solicitó el traslado al RPM aludiendo que este régimen es mejor que el RAIS. Argumentó que cumplió con el deber de información en los términos previstos en la ley para la época, esto es con la suscripción del formulario y no es posible exigir acreditar requisitos incorporados en el ordenamiento jurídico con posterioridad. Además que la demandante se encuentra incurso en prohibición legal de retornar a prima media conforme el artículo 271 de la ley 100 de 1993.

Señalo que de configurarse error sobre un punto de derecho, el mismo fue saneado con la permanencia en el sistema y el traslado entre fondos, siendo una nulidad relativa susceptible de prescripción. En caso

de que se mantenga la decisión, se revoque la condena por traslados de gastos de administración y de seguros previsionales, toda vez que estos montos no están destinados a financiar el derecho pensional, compensaron la gestión de administración y sirvieron para cubrir las primas de seguros. Aseguró que el traslado de los referidos gastos generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones pues se beneficiaría del pago de una gestión que no realizó. Adujo que en todo caso estos montos no integran el capital para financiar la pensión por tanto son susceptibles de prescribir.

La AFP Protección S.A., rechazó la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, toda vez, que estas sumas fueron descontadas por mandato legal, retribuyeron la gestión de la AFP, que generó rendimientos a la cuenta individual y no están destinados a financiar la pensión de vejez. Refirió que trasladar estos rubros generaría un enriquecimiento en beneficio de Colpensiones. Señaló que respecto de los seguros previsionales, se mantuvo cubierta a la accionante frente a los riesgos de invalidez o muerte y que de haber acaecido algún siniestro la aseguradora habría cubierto la prestación correspondiente. Expuso que la AFP no cuenta con estos montos.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

La actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1 de febrero de 1977 (expediente digita, archivo 15 fl. 1), migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A. el 12 de diciembre de 1996, mediante la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 01 fl. 69), en el que se puede leer:

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

Posteriormente, se trasladó horizontalmente a Colfondos el 1 de agosto de 2005, a ING el 1 de febrero de 2007 y a partir del 31 de diciembre de 2012 en adelante a Protección S.A., conforme historial de afiliación emitido por Asofondos allegado en la contestación de Protección (expediente digital, archivo 12 fl. 37).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante narró que para la época del traslado, prestaba servicios a la Fiscalía, en su lugar de trabajo se hicieron presentes funcionarios de un fondo privado quienes en una reunión con sus compañeros, manifestaron que venían autorizados por el empleador, y que debían cambiarse para obtener beneficios, entre ellos, mayor rentabilidad y la posibilidad de heredar la pensión. Admitió que recibió extractos, pero los guardó porque no los entendía. Aseguró que se trasladó entre administradoras del RAIS porque cada una a través de sus promotores ofrecían mayor rentabilidad. Sostuvo que tanto en el traslado inicial como en los horizontales, manifestó a los asesores ser beneficiaria del régimen de transición. Señaló que en el año 2006, solicitó el traslado a RPM al empleador. Adujo que su interés en retornar a RPM, radica en la confiabilidad que le merece el fondo 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 al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

En el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS, las cotizaciones realizadas y los aportes al fondo de pensiones de voluntarias, no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

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

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

esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

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

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

los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020), en consecuencia se adicionara en este punto el fallo de primera instancia.

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 ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de abril de 2022, en el sentido de indicar que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral tercero de la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. al momento de cumplirla la orden, discriminar los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

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 38 2018 00614 01
DEMANDANTE: MARTHA AZUCENA PUENTES LONDOÑO
DEMANDADO: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de abril de 2021. También el grado de consulta en favor del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió proceso ordinario laboral para que se condene a la demandada a reconocer y pagar garantía de pensión mínima de vejez desde el 31 de agosto de 2016, junto con los intereses moratorios e indexación correspondiente y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 31 de agosto de 1959. El 1 de febrero de 1995, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. Alcanzó 57 años de edad el 31 de agosto de 2016, data para la que acreditaba más de 1.150 semanas cotizadas. Refirió que el 25 de noviembre de 2016, el fondo privado le informó que el bono pensional se encontraba en trámite, por tanto, el 7 de diciembre de 2016, solicitó a la AFP el reconocimiento y pago de la pensión de vejez y adelantó el trámite de emisión del bono pensional;

no obstante, a la fecha no ha recibido respuesta (fls. 3 a 14 expediente digital).

Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Admitió que la demandante está afiliada a esta AFP desde el 1 de febrero de 1995, que nunca ha solicitado la prestación ahora deprecada. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso la excepción previa de falta de integración del litis consorcio necesario y las de mérito de petición antes de tiempo, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe de la AFP Porvenir, prescripción, compensación y las declarables oficiosamente. En su defensa, expuso inicialmente que la demandante jamás ha elevado una solicitud formal de pensión acompañada del mínimo de documentos, luego aceptó que el 16 de julio de 2018, la promotora del juicio solicitó el reconocimiento de la pensión prestación, pero aclaró que no aportó los documentos necesarios para estudiar el derecho (fls. 69 a 91).

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió que en el bono pensional a que tiene derecho la demandante, conforme a la liquidación provisional, el emisor es la Nación y el contribuyente Colpensiones, también que el título valor fue emitido, mediante Resolución n.º 16069 del 22 de diciembre de 2016. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de falta de solicitud y las demás declarables oficiosamente (fls. 100 a 108)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

PRIMERO: DECLARAR que a la demandante Marta Azucena Fuentes Londoño le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en el marco de la garantía de pensión mínima a partir del 31 de agosto del año 2016, según lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a reconocerle y pagarle a la demandante Marta Azucena Fuentes Londoño la pensión o las mesadas

pensionales del que trata la prestación en los términos del artículo 65 de la ley 100 de 1993 a partir del 31 de agosto del año 2016 con cargo inicialmente a los recursos de su cuenta de ahorro individual, mientras se adelantan las gestiones administrativas pertinentes ante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público específicamente la Oficina de Bonos Pensionales para efectos de regularizar el otorgamiento prestacional

Condenar a PORVENIR S.A. a reconocerle y pagarle a la demanda dante Marta Azucena Fuentes Londoño los intereses moratorios a la tasa más alta certificada por la súper intendencia súper financiera respecto de las mesadas pensionales causadas en su favor a partir del 8 de abril del año 2017 y hasta cuando se efectúe el pago correspondiente.

TERCERO: Excepciones dada las resultas del juicio el despacho declara no probadas las propuestas respecto de las codenas infligidas

CUARTO: costas serán a cargo de PORVENIR SA, practíquese la liquidación como agencia en derecho el valor de \$2.000.000, en favor de la demandante

En lo fundamental señaló que desde el 2016, la demandante adelantó gestiones tendientes al reconocimiento de la pensión de vejez y al no cumplir los requisitos la administradora debió hacer el estudio de la prestación a que hubiere lugar. Concluyó que la actora acredita los presupuestos de edad y semanas cotizadas para acceder a la garantía de pensión mínima, por ende, la prestación debe reconocerse inicialmente con cargo al saldo de la cuenta individual, mientras se gestiona el pago por parte del Ministerio de Hacienda. De otro lado, consideró que la AFP superó el término que la ley le concede para pronunciarse sobre la reclamación de pensión, por ello debe reconocer intereses moratorios.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la AFP solicitó revocar la decisión al argumentar que el despacho no tomó en consideración que la actora no reclamó directamente la prestación hoy pretendida, no aportó documentos indispensables para validar los requisitos de la pensión tales como actualización de datos de su núcleo familiar, estudio de las semanas y aprobación de la historia laboral. Sostuvo que la actora ha sido negligente, incluso cuando el despacho la conminó en audiencia a presentar reclamación y documentos, por tanto, es la única responsable de que no se haya reconocido la prestación, situación que no fue tomada en cuenta por el Juzgado.

Sostuvo que el Ministerio de Hacienda es la única entidad llamada a reconocer la garantía de pensión mínima, esta que debe pagarse a partir del 13 de agosto de 2018, fecha en que se verifica la última cotización. De otra parte, se opuso a la condena en costas, pues la negligencia es imputable a la actora exclusivamente, además la su cuantificación es excesiva, pues su actuar omisivo, fue el generador del proceso.

Señaló que no hay lugar a reconocer intereses moratorios y de confirmarse la condena estos solamente se causan transcurridos cuatro meses desde la presentación de la demanda ya que esta vendría a ser la reclamación formal del derecho pensional.

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 la demandante no reúne el capital necesario para acceder a la pensión de vejez.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, 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 4.º. 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 7.º 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 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 concurre 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 31 de agosto de 1959 (fl. 19 expediente digital), por tanto, alcanzó 57 años de edad el 31 de agosto de 2016, acumula más de 1.600 semanas cotizadas (fls. 109 y 110 y carpeta historia laboral AFP), 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.

Ahora, la promotora del juicio solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez el 7 de diciembre de 2016 (fl. 17 expediente digital), pero no probó haber allegado la documentación alguna. Reiteró la petición el 6 de julio de 2018 (fls. 71 y 72) y en esta oportunidad allegó entre otros, registros civiles de nacimiento y copia de cédula de ciudadanía suyos y de su esposo; empero continuó con aportes a pensiones a través del empleador Rodolfo Navarro Paredes hasta marzo de 2018, con un ingreso base de cotización de \$781.242, es decir, el salario mínimo.

Frente al disfrute de la prestación económica de garantía de pensión mínima, en aquellos eventos en que el afiliado percibe ingresos superiores al mínimo legal mensual vigente, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4531 de 2020, puntualizó que:

En tal panorama, se tiene que esa prerrogativa pensional –garantía de pensión mínima- tiene un momento cierto de causación y disfrute, de manera que su retroactivo se generará desde el momento en que se verifique el cumplimiento de los requisitos de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, salvo que el afiliado reciba otros ingresos que superen el salario mínimo conforme al artículo 84 *ibidem*.

(...)

En conclusión, cuando la actora cumplió los requisitos de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, quedó garantizado el financiamiento de la prestación con el capital de la cuenta de ahorro individual y con los recursos que debe asumir La Nación según lo estatuido en el Decreto 832 de 1996; **pero su disfrute solo es posible desde cuando dejó de recibir los ingresos salariales que superaban el valor de la referida prestación, según lo estatuye el artículo 84 *ibidem***” (Negrilla fuera del texto)

Puestas las cosas de esta manera, resulta claro que es procedente reconocer la prestación desde el 31 de agosto de 2016, en esta data se

configuraron los requisitos previstos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

Importa destacar, que no es posible como pretende la AFP en la apelación reconocer la prestación desde la presentación de la demanda, bajo el argumento que la demandante no elevó solicitud formal de reconocimiento de garantía de pensión mínima. Ello, en el entendido que la actora petitionó el pago de pensión de vejez y si bien no acompañó los documentos requeridos, era función de la administradora poner esta situación de presente para continuar con el trámite, pero a más de no hacerlo, cuando transcurridos 18 meses, la demandante reiteró la petición (fls 125 a 127) no adelantó el trámite y por el contrario la invitó a acercarse a las oficinas del fondo.

En consecuencia, no puede usar su actuar omisivo para liberarse de la obligación de reconocer la garantía de pensión mínima desde el momento en que la misma se causó, pues además del capital de la cuenta individual, tiene a su disposición recursos del bono pensional que de conformidad con el documento de folios 109 y 110 ya fue emitido y redimido, razón suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó 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 demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez el 7 de diciembre de 2016 (fl. 17 expediente digital), pero no acompañó ningún documento y solo con la reiteración del 6 de julio de 2018, aportó el registro civil de nacimiento y copia de cédula de ciudadanía, por tanto, solo a partir de este momento puede entenderse que radicó los soportes necesarios para resolver la petición. En consecuencia, los intereses moratorios únicamente se causan a partir del 6 de noviembre de 2018, por tanto, la sentencia de primera instancia será modificada en este punto.

De las costas procesales

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a la AFP Porvenir S.A. de pagar costas del proceso, como quiera que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, y en el presente asunto la AFP resultó condenada.

De otro lado, de conformidad con los numerales 4 a 6 del artículo 366 del Código General del Proceso, la liquidación de costas una vez elaborada por el secretario quedará a disposición de las partes por tres días, dentro de los cuales podrán objetarla. Así las cosas, resulta evidente que no es esta la oportunidad procesal para objetar la fijación de agencias en derecho que hiciera el *a quo*, por lo que la Sala se releva de dicho estudio.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 27 de abril de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá para, únicamente en relación con los intereses moratorios los que se ordena pagar a partir del 6 de noviembre de 2018 y hasta cuando se verifique el pago de la obligación, sobre cada una de las mesadas causadas a partir del 31 de agosto de 2016.

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

TERCERO: Sin COSTAS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

Radicación n.º 110013105 38 2018 00614 01

(En uso de permiso)

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 38 2019 00224 02
DEMANDANTE: PEDRO PABLO ORTÍZ PUENTES
DEMANDADO: KRYBA INGENIEROS LTDA.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de octubre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo desde el 30 de enero de 2017 hasta el 16 de junio de 2017, cuando la demandada puso fin al vínculo sin que mediara justa, cuando era sujeto de estabilidad laboral reforzada causa y sin que mediara autorización del Ministerio de Trabajo. En consecuencia, condenar a la demandada a reintegrarlo al cargo que desempeñaba o a uno de igual o mayor jerarquía de acuerdo a su estado de salud, con el consecuente pago de salarios, prestaciones, vacaciones, aportes a seguridad social integral e indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Así mismo, a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 30 de enero de 2017 se vinculó a la demandada como oficial de construcción (técnico electricista), mediante contrato de trabajo a término fijo de dos meses

hasta el 30 de marzo de 2017, el que se prorrogó hasta el 31 de mayo de 2017. Adujo que el 1 de junio de 2017, la empresa cambió el término del contrato solo hasta el 16 de junio de la misma anualidad.

Expuso que el 8 de marzo de 2017, en desarrollo de su actividad laboral sufrió accidente de trabajo que le ocasionó lesión en el pie izquierdo, que mereció incapacidad médica de tres días desde el 8 hasta 10 de marzo de 2017. El 6 de abril de la misma anualidad, instalando una tubería de pvc cayó en un hueco de 1.50 metros, perdió el conocimiento y se golpeó el pie izquierdo; la demandada reportó el hecho pero a solicitud de la ARL el informe debió ser corregido. El 14 de julio de 2017, fue radicado exitosamente. Por este evento le fueron prescritas cuatro incapacidades interrumpidas del 6 abril al 18 de mayo de 2017.

Adujo que se presentó a laborar siempre, salvo que tuviera que acudir a citas médicas o le hubiera sido prescrita incapacidad. Indicó que el 31 de mayo de 2017, cuando el contrato ya se encontraba renovado, la demandada le comunicó la decisión de no prorrogar el vínculo, por expiración del plazo fijo pactado y por tanto dar por terminado el contrato a partir del 16 de junio de 2017, empero luego refirió que el contrato terminó el 31 de mayo de 2017, sin que mediara autorización del Ministerio de Trabajo

Expuso que para el momento de la desvinculación acababa de reintegrarse de una incapacidad de 10 días y se encontraba en tratamiento médico. Manifestó que el 29 de junio de 2017, le fue practicado tac de miembros inferiores y articulaciones y prescrita incapacidad por dos días, el 10 de julio del que corría le fue recomendada cirugía de pie, posteriormente debió asistir a citas médicas y practicarse exámenes de radiología.

Refirió que el 19 de julio de 2017, solicitó a la demanda reintegrarlo, en razón a su estado de salud, empero la empresa argumentó no conocer ninguno de los hechos expuestos. El 16 de octubre de 2017, la ARL realizó dictamen de pérdida de capacidad laboral. El 23 de noviembre de 2017, la

IPS Cuidarte emitió recomendaciones laborales. En 11 de mayo de 2018, la Junta Regional de Calificación determinó accidente de trabajo, traumatismo en pie izquierdo. Adujo que su estado de salud no ha mejorado y el dolor en el pie izquierdo persiste lo que afecta su capacidad laboral y vida personal (fls. 2 a 25 y 127 a 143 subsanación expediente digital).

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la existencia del contrato a término fijo, la ocurrencia de los accidentes de trabajo, la corrección del informe a solicitud de la ARL, que el actor se presentó a trabajar salvo por cuestiones médicas, que el 31 de mayo de 2017, comunicó su decisión de dar por terminado el contrato con efectividad a partir del 16 de junio de 2017, data en la que el actor se había reintegrado de incapacidad médica, que le fueron practicados exámenes diagnósticos, prescritas incapacidades médicas y recomendada cirugía. También que para la fecha de terminación del vínculo no existía autorización por parte del Ministerio de Trabajo. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y excepción terminación del contrato a término fijo con la empresa Kryba Ingenieros Ltda (fls. 278 a 298).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de octubre de 2020, absolvió a la demandada y gravó al demandante con las costas del proceso.

En lo fundamental señaló que para la data en que finalizó el contrato de trabajo el demandante no era sujeto de estabilidad laboral reforzada porque no acreditaba una pérdida de capacidad laboral superior al 15%, y sólo hasta el 25 de julio de 2019, cuando la relación había culminado, la ARL Positiva determinó que la pérdida de capacidad laboral es 32.71%, estructurada el 9 de mayo de 2019. Señaló que en todo caso, no obra

prueba que demuestre que la desvinculación obedeció al estado de salud del demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante implora se revoque la decisión y en su lugar se ordene el reintegro al cargo y el pago de la indemnización prevista en la Ley 361 de 1997, al argumentar que el juzgado no valoró adecuadamente los medios de convicción e interpretó de forma errónea el artículo 26 de la ley 361 de 1997. Sostuvo además que no es procedente exigir la calificación de la pérdida de capacidad laboral para acreditar la condición de discapacidad.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si Pedro Pablo Ortiz Puentes es sujeto de estabilidad laboral reforzada y en consecuencia, debe ser reintegrado sin solución de continuidad al mismo cargo que desempeñaba junto con el pago de salarios, prestaciones legales, aportes a seguridad social, más la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Para dilucidar lo anterior, se encuentra al margen de la discusión que: *i)* el demandante se vinculó mediante contrato de trabajo a término de dos meses desde el 30 de enero de 2017 y hasta el 30 marzo de 2017 (fls 32 a 34); *ii)* Mediante otro sí suscrito el 29 de marzo de 2017, las partes modificaron la vigencia hasta el 31 de mayo de la misma anualidad (fl 35) y *iii)* en la fecha, la demandada comunicó su decisión de finalizar el vínculo a partir del 16 de junio de 2017 (fl 36).

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

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

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

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

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

Pero, así como es usual que invalidez y discapacidad converjan en una persona, puede que no. Por ejemplo, un ex miembro de la fuerza pública o piloto de una

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

También ha sentado que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el perjuicio de la discapacidad del trabajador. Por tanto, en criterio de la Sala

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

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

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

En ese horizonte, es dable afirmar conforme a la postura del máximo Órgano de la jurisdicción constitucional que, la protección especial por

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

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

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

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

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

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

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

empleador o contratante probar la justa causa para terminar la relación.

3. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Al amparo de lo expuesto, se procede al análisis de las pruebas arrojadas al plenario, en el que se verifica que el demandante aportó: reporte de accidente de trabajo acaecido el 6 de abril de 2017, en el que se puede leer *«el colaborador se encontraba excavando en la parte de debajo de la casa y se desbordó el hueco y cayó aproximadamente 1.50 de profundidad ocasionándole un golpe fuerte en la rodilla y pie izquierdo»* (fls. 40, 41 y 42). Incapacidades médicas así:

Fecha	Días	Motivo - Patología	folios
08/03/2017	3	Enfermedad profesional	39
10/04/2017	3	Traumatismo del pie y del tobillo no especificado	44
19/04/2017	3	Accidente de Trabajo	45
18/05/2017	10	Trauma de pies izquierdo, edema e tejidos blandos, limitación para la marcha	46
05/07/2017	2	Accidente de trabajo	54
31/07/2017	3	contusión de otras partes no especificadas del pie	56
16/10/2017	3	Dolor en miembro	58

También allegó historia clínica, en la que se indica que el accionante asistió a citas médicas como se describe a continuación:

Fecha	Motivo - Patología	folios
10/04/2017	Traumatismo del pie y del tobillo no especificado	44
19/04/2017	Accidente de Trabajo	45

18/05/2017	Trauma de pie izquierdo, edema e tejidos blandos, limitación para la marcha	46
31/05/2017	Accidente de pie. Lesión osteocondral	388 a 390
14/06/2017	Contusión de rodilla izquierda, accidente de trabajo acaecido el 8/04/2017. <i>Análisis: paciente con dos accidentes laborales continuos, actualmente muy asintomático a nivel del cuello del pie</i>	48
05/07 2017	Accidente de trabajo – contusión de otras partes no especificadas del pie	54, 55
23/08/2017	Resonancia magnética	

Igualmente, aportó constancia de interconsulta con logo de «Cuidarte» adiada del 10 de julio de 2017, en la que se eleva solicitud de interconsulta por ortopedia y traumatología y se recomienda «*Cirugía de pie, fragmento libre óseo en espacio del talo*» (fl. 55), dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido y notificado el 1 de agosto de 2018, por la ARL Positiva S.A., mediante el cual se determinó como de origen mixto el siniestro acaecido el 8 de marzo de 2017, por los diagnósticos «*contusión de otras partes y de las no especificadas del pie*», «*otros traumatismos del pie y del tobillo*», y «*espolón calcáneo*» se estableció 0.00% de pérdida de capacidad laboral (fls. 59 a 69). Igualmente, mediante dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez Bogotá y Cundinamarca el 11 de mayo de 2018, incompleto (fls. 73 y 75).

Obra en el expediente documento generado por Cuidarte, adiado del 23 de noviembre de 2017, mediante el cual se imparten recomendaciones por 6 meses, para favorecer el desempeño laboral del actor en el que se estableció como análisis «*paciente con dolor crónico en pie izquierdo, de características neuropáticas cursa con lesión osteocondral, por la intensidad del dolor no es candidato para proceso terapéutico. Se cambia ayuda externa para proporcionarle mayor soporte durante la marcha. Debe continuar manejo del dolor por clínica del dolor*» (fls 77 a 79).

La demandada, aportó historia clínica del actor, en la que destaca la consulta del 31 de mayo de 2017, en la que quedó consignado en el aparte de diagnóstico y plan de manejo:

PACIENTE CON ANTECEDENTES DE TRAUMATISMO EN PIE IZQUIERDO POR APLASTAMIENTO. PACIENTE CON RX PIES IZQUIERDO: SE OBSERVAN FORMACIONES OSTEOFÍTICAS, EXTRAARTICULARES, SIN EVIDENCIA DE FRACTURAS AGUDAS, NO LESIONES BLASTICAS, NI LITICAS. CAMBIOS ARTRÓSCICOS INSIPIENTES INTERTARSIANO Y SUBTALAR, PACIENTE EN MANEJO CON FISIATRÍA MANIFIESTA PERSISTENCIA DE DOLOR LIMITANTE.

PACIENTE QUIEN NO PRESENTA LESION OSTEOARTICLAR, NI DEFICIR BIOMECÁNICO, CON EXÁMEN FÍSICO DONDE NO SE ENCUENTRA DEFICIT NEURO VASCULAR, SIN INESTABILIDAD ARTICULAR, PACIENTE SIN CRITERIOS CLÍNICOS, NI IMAGENOLÓGICOS DE INTERVENCIÓN POR NUESTRO SERVICIO. CONSIDERO EL PACIENTE SE BENEFICIA DE PLAN DE REHABILITACIÓN A TRAVÉS DE TERAPIA FÍSICA SEGÚN INDICACIÓN Y CRITERIO DE FISIATRÍA. SE SOLICITA VALORACIÓN Y MANEJO POR CLÍNICA DEL DOLOR.

Obra en el expediente historia clínica que da cuenta de consulta del 9 de mayo de 2014, en la que se puede leer dentro del recuento de eventos:

25/10/2017 JUNTA DE ORTOPEDIA: PACIENTE CON LESIÓN OSTEOCONDAL EN TALÓ LO CUAL NO SE PRODUCE CON EL MECANISMO INICIAL DEL TRAUMA, CON SINTOMATOLOGÍA EN PIE Y TOBILLO, LA CUAL NO CONSIDERAMOS SE RESUELVA CON ALGÚN PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO, CONSIDERAMOS QUE SU SINTOMATOLOGÍA SE PUEDE EXACERBAR CON EL MANEJO QUIRÚRGICO, ADEMÁS CONSIDERAMOS QUE EL PACIENTE CURSA CON SÍNDROME DOLOROSO REGIONAL POR LO CUAL CONSIDERAMOS SU MANEJO DEBE SER POR CLÍNICA DEL DOLOR Y FISIATRÍA. SE EXPLICA CLARAMENTE AL PACIENTE QUE LA LESIÓN OSTEOCONDAL EN EL TALÓ NO TIENE INDICACIÓN DE MANEJO QUIRÚRGICO Y QUE AL REALIZAR UNA ARTROSCOPIA CON APOYO LAS CUALES NO MUESTRAN SIGNOS DE LESIÓN DE LA ARTICULACIÓN TARSO METATARSIANA.

El accionante al rendir declaración de parte manifestó que con ocasión de los accidentes de trabajo que sufrió no puede caminar, inicialmente le prescribieron un bastón de una punta y ahora debe utilizar uno de cuatro. Refirió que el 18 de mayo de 2017, Cuidarte le prescribió recomendaciones e incapacidad por 10 días, las cuales comunicó al *Ingeniero* quien le cuestionó «¿ahora que lo pongo a hacer a usted?», Adujo que se ofreció para ayudar a instalar aparatos como tomas o interruptores porque su estado de salud «había bajado». Expuso que en el momento en que cuando le fue notificada la terminación del contrato, puso de presente que estaba en controles médicos y tenía pendiente por parte de fisioterapia una orden para un tac y para continuar el tratamiento por esa especialidad.

Al absolver interrogatorio de parte, el representante legal de la demandada Alexander de Jesús Vallejo, expuso que en atención a los accidentes de trabajo que sufrió el demandante, dijo que la empresa le concedió los permisos para asistir a las citas médicas y adelantó los trámites correspondientes ante la ARL, la cual no lo incapacitó para trabajar normalmente, por ello continuó cumpliendo sus funciones, sin manifestar inconveniente alguno. Refirió que se suscribió otro sí para ampliar el plazo del contrato, porque la obra para la cual fue vinculado no había finalizado.

Del análisis conjunto de los medios de convicción se extrae que, con anterioridad al despido el actor sufrió dos accidentes de trabajo en virtud de los cuales le fueron prescritas varias incapacidades médicas, la última de ella y la más extensa de 10 días entre el 18 y el 27 de mayo de 2017 (fl 46), que para desplazarse hacía uso de apoyo y que padecía dolor crónico pues el 14 de junio 2017, dos días antes de que finalizara la relación laboral le fue ordenado TAC de miembros inferiores (fl.47), en esa misma fecha en consulta médica se dejó consignado, en el examen físico, que el actor marchaba con apoyo parcial, además que se trataba de un paciente con dos accidentes laborales continuos, actualmente muy sintomático a nivel del cuello del pie y se precisó: *«No es posible valorar adecuadamente el mismo ya que el paciente pro dolor no permite realizar el examen adecuadamente, ya tiene orden de clínica del dolor, se solicita tac de pie y se cita a control.»*

Para la Colegiatura está probado que para la data en que el contrato de trabajo terminó el demandante padecía dolor crónico como secuela de los accidentes de trabajo sufridos y la lesión osteocondral del talo que en adelante le ha venido aquejando, además debía usar apoyo para desplazarse, lo que indudablemente lo coloca en una situación de debilidad manifiesta, si se toma en consideración que fue contratado como oficial de construcción y el dolor intenso que no consentía ni la palpación y la falta de apoyo de una de sus extremidades inferiores a todas luces se convierten en una limitante para la ejecución de las funciones propias de

ese oficio, que según el contrato de trabajo consistían entre otras en *«liderar la limpieza de los lugares de trabajo, de descanso, restaurante, y zona de cambio de ropa,. 2. Realizar y liderar cargue y descargue de material de escombros. 3. Realizar trabajos de amarre de hierro y mezcla de concreto. 4. Realizar trabajo de demolición de muros, cielos rasos etc. 5. Realizar trabajos en alturas. 6. Efectuar oportunamente los pedidos de herramientas, equipos o materiales requeridos»* (fl. 32 a 34). Vale indicar que la demandada no aportó medios de convicción que permitieran establecer que otras eran las funciones del actor y que estas no implicaban estar de pie o realizar fuerza.

Importa recordar que aunque el representante legal de Kriba Ingenieros Ltda señaló que el vínculo con el actor finalizó porque la obra para la cual fue contratado culminó, ello no concuerda con lo pactado por las partes, pues al revisar el contrato de trabajo (fls 32 a 34) evidencia la colegiatura que en la cláusula sexta acordaron como duración del contrato: *«Dos (2) meses, mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo»*, empero no quedó consignado en ningún aparte cual sería la obra o trabajo a ejecutar, tampoco tal circunstancia fue demostrada en juicio.

No pasa por alto la Sala que la ARL Positiva S.A emitió dictamen el 25 de junio de 2019, según el cual el promotor del juicio padece una pérdida de capacidad laboral del 32.71, estructurada el 9 de mayo de 2019 (fls. 241 a 248), esto es en una fecha posterior al 16 de junio de 2017 cuando culminó la relación laboral, pues con los medios de convicción obrantes se pudo establecer que el actor se encontraba en una situación de debilidad manifiesta. Con todo vale recordar que 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.

En consecuencia, la sentencia de primera instancia será revocada para en su lugar declarar que para el 16 de junio de 2017, el demandante era sujeto de estabilidad laboral reforzada en razón de su estado de salud,

por lo que a más del reintegro sin solución de continuidad procede ordenar el pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en la suma de \$7.200.000, equivalente a 180 días de salario, al tomar en consideración que el salario mensual ascendía a \$1.200.000.

No se causan costas en esta instancia. Las de primera 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: REVOCAR la sentencia proferida el 28 de octubre de 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá para, en su lugar, declarar que para el 16 de junio de 2017, el demandante Pedro Pablo Ortiz Puentes era sujeto de estabilidad laboral reforzada en atención a su estado de salud.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Kriba Ingenieros Ltda a reintegrar al actor, sin solución de continuidad al cargo que venía desempeñando o uno de igual o superior categoría acorde con sus condiciones de salud.

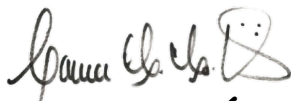
TERCERO: CONDENAR a la demandada a cancelar al actor prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, causados desde el 16 de junio de 2017 y hasta que se produzca el reintegro.

CUARTO: CONDENAR a la demandada a pagar indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en la suma de \$7.200.000

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

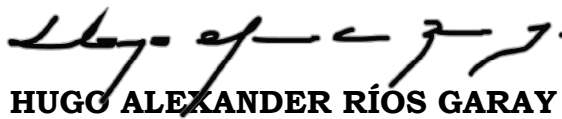
SEXTO: Sin COSTAS en esta instancia, las de primera estarán a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

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 007 2018 00610 01
DEMANDANTE: MARÍA TERESA VILLAR TEJADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CEESANTIAS Y OLD MUTUAL PENSIONES Y
CESANTIAS S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A., Protección S.A., Colfondos S.A., Skandia S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de febrero de 2021. 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 (RAIS) a través de la AFP Protección S.A. y válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, se condene a Old Mutual S.A. a trasladar los aportes cotizados en el RAIS a Colpensiones. A esta última a aceptar los recursos y registrarla como afiliada sin solución de continuidad. Se disponga a las demandadas pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 23 de agosto de 1991 y cotizó 135,29 semanas. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A. el 1 de noviembre de 1994, actualmente se encuentra afiliada a Old Mutual S.A. Adujo que el asesor le informó que el ISS se iba a acabar y que en el fondo privado se podría pensionar a cualquier edad, pero no le explicó cómo sucedería, pues no le informó de manera real, completa, clara y comprensible sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen. Señaló que cuenta con más de 1.170 semanas cotizadas. Finalmente, relató que Protección y Colpensiones negaron la solicitud de cambio de régimen (expediente digital, archivo 01 fls. 9 a 39).

Colpensiones manifestó se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Admitió la afiliación al RPM, las semanas cotizadas, el traslado de régimen, el cambio horizontal, la actual afiliación, la solicitud de retorno a RPM y la respuesta. Manifestó que no le constan los restantes hechos. Formuló las excepciones de buena fe de Colpensiones, prescripción, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho reclamado y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y está incurso en una prohibición legal para retornar a RPM en razón de la edad y las semanas cotizadas (expediente digital, archivo 01 fls. 137 a 155).

La AFP Protección S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó la afiliación a Colmena, la solicitud de traslado y su respuesta. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación. Expuso en su defensa, que el desconocimiento de la ley no genera vicio en el consentimiento, por ello en caso de haberse configurado alguna causal de nulidad relativa, se habría saneado, pues la actora manifestó su voluntad de permanecer en el RAIS con los múltiples traslados horizontales entre

fondos. Señaló que, en todo caso, cumplió con la obligación de informar y dar buen consejo (expediente digital, archivo 01 fls. 170 a 194).

La AFP Old Mutual rechazó las pretensiones. Admitió la afiliación actual a esa administradora y las semanas cotizadas a lo largo de la vida laboral. Manifestó que no le constan los hechos restantes. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación, buena fe y las declarables de oficio. Sostuvo que no existe causal alguna para declarar la ineficacia del traslado, dado que la promotora del juicio está incurso en prohibición y su permanencia en el RAIS no afecta el derecho pensional (expediente digital, archivo 01 fls. 216 a 238).

La AFP Colfondos S.A. se opuso a la prosperidad de las súplicas. Manifestó que no le constan ninguno de los hechos. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos. Para enervar las pretensiones, indicó que cumplió con las formalidades para la afiliación y la actora voluntariamente seleccionó el régimen. Señaló que ha prescrito la oportunidad para solicitar la ineficacia (expediente digital, archivo 01 fls. 456 a 482).

La AFP Porvenir S.A. rechazó el éxito de las aspiraciones. Aceptó únicamente la afiliación al ISS. Manifestó que los demás hechos no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. Expuso que la promotora se vinculó en forma libre, espontánea y sin presiones, contó con varias oportunidades de retornar al RPM, pero faltó a sus deberes como consumidor financiero y no lo hizo, por el contrario, realizó múltiples

traslados entre fondos privados (expediente digital, archivo 01 fls. 536 a 558).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 5 de febrero de 2021 (expediente digital, archivo 13), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora María Teresa Villar Tejada con la AFP Colmena, hoy Protección S.A. el 10 de octubre de 1994, a la AFP Colfondos el 1 de marzo del año 2000, con la AFP Porvenir el 15 de mayo de 2001, con la AFP Santander, hoy Protección el 25 de agosto de 2005, con la AFP Skandia el 9 de agosto de 2006, con la AFP Porvenir el 19 de agosto de 2019, con la AFP ING, hoy Porvenir (sic) el 30 de julio de 2009, con la AFP Skandia el 2 de febrero de 2010, con la AFP Porvenir el 23 de septiembre de 2010 y con la AFP Old Mutual, hoy Skandia el 19 de febrero de 2014.

SEGUNDO: ORDENAR a Old Mutual a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora María Teresa Villar Tejada, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

TERCERO: Igualmente, los fondos privados demandados Protección, Porvenir, Old Mutual, hoy Skandia y Colfondos deben devolver a Colpensiones todos los gastos de administración, comisiones o cualquier otro emolumento que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados a título de actualización monetaria.

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 Instituto de Seguros Sociales en 1991.

QUINTO: dadas las resultas del proceso, se declaran no probadas las excepciones propuestas por todos los fondos demandados.

SEXTO: las costas son a cargo de Protección, Porvenir, Old Mutual y Colfondos, las agencias en derecho se tasan a favor de la demandante en dos salarios mínimo legal mensual vigente al momento del pago a cargo de cada uno de los fondos privados demandados. No hay lugar en condena en costas a cargo de Colpensiones.

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

Como sustento de su decisión, concluyó que Colmena, hoy Protección no demostró que al momento del traslado suministró a la demandante información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que le traería a su futuro pensional la decisión de cambiarse; sostuvo que la sola firma del formulario de afiliación, no cumple tal finalidad.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones imploró revocar la decisión, al argumentar que no se demostró la configuración de algún un vicio de consentimiento y el error de derecho no tiene la entidad de producir la ineficacia del traslado. Resaltó que la demandante incumplió con sus deberes como consumidora financiera, entre ellos el de mantenerse informada. Manifestó que la inconformidad con el monto de la mesada pensional no es suficiente para declarar ineficaz el acto. Refirió que el traslado afectaría la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, dado que el régimen de prima media se descapitalizaría, porque tendría que asumir la prestación de quien no ha contribuido al mismo.

La AFP Old Mutual S.A., arguyó que no es procedente declarar la ineficacia del traslado, toda vez que es un tercero de buena fe que acogió a la afiliada, no tuvo participación en el cambio de régimen y al vincularla cumplió con el deber de información a su cargo. Indicó que la decisión de la accionante de pertenecer en el RAIS fue libre y voluntaria y cumplió con los parámetros previstos en la ley para la época, por ello, no es dable exigir acreditar requisitos incluidos en el ordenamiento jurídico con posterioridad, aun menos acceder a las pretensiones ante la inconformidad en el monto de la mesada.

De otra parte, señaló que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración, pues estas sumas fueron descontadas por mandato legal, mantuvieron cubierta a la actora frente a los riesgos de

invalidez y muerte, además compensan la gestión de administración que generó en la cuenta individual rendimientos que, de haber permanecido afiliada a prima media, no hubiera obtenido y mucho menos devolverlos debidamente indexados, por estar prescritos.

La AFP Protección S.A., rechazó la devolución de gastos de administración, comisión y demás valores indexados, toda vez, que estas sumas fueron descontadas por mandato legal, retribuyeron la gestión de la AFP, que generó rendimientos a la cuenta individual. También apeló las costas procesales.

La AFP Porvenir S.A. sostuvo que la demandante suscribió el formulario de traslado de forma voluntaria y ratificó su intención con nueve cambios posteriores dentro del RAIS, con los aportes voluntarios que realizó y le permitieron obtener beneficios tributarios. Expuso que la demandante no se encuentra actualmente vinculada a ese fondo, por tanto, no tiene una cuenta individual activa, ni recursos a trasladar. Rechazó la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, pues estos conceptos se dedujeron al amparo de la normatividad de seguridad social, retribuyeron la buena gestión de la administradora, mantuvieron cubierta a la actora frente a las contingencias de invalidez y muerte. Señaló que la devolución generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, dado que se beneficiará de unas sumas de dinero, sin haber administrado los recursos de la accionante. Finalmente expuso que los conceptos a los que se viene haciendo referencia no integran el capital de pensión y en tal evento son susceptibles de prescribir.

La AFP Colfondos aspira se revoque la sentencia en cuanto le ordenó devolver gastos de administración de manera indexada y a la condena en costas. Sostuvo que fue el fondo con el cual se originó el traslado de régimen, es un tercero de buena fe que aceptó a la demandante y administro los aportes eficientemente, pero en la actualidad no cuenta con ningún recurso de esta persona, por haberse trasladado a otro fondo.

Arguyó que estas deducciones operaron por mandato legal, permitieron la adquisición de una póliza de seguro previsional para mantenerla cubierta frente a cualquier eventualidad. Indicó que estos montos no hacen parte integral de la pensión de la afiliada por ello prescriben. Se opuso a la indexación, porque no hubo menoscabo a los aportes de la demandante, por el contrario, la buena gestión le generó rendimientos. Solicitó revocar la condena en costas.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de

cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

VI. CASO CONCRETO

La actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 23 de agosto de 1991 (expediente digita, archivo 01 fl. 166). Migró al RAIS, a través de la AFP Colmena S.A. hoy Protección S.A. el 10 de octubre de 1994, mediante la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 01 fl. 198), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES, MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente, se trasladó horizontalmente a Colfondos el 1 de mayo de 2000, a Porvenir S.A. el 1 de julio de 2001, a Horizonte el 1 de julio de 2003, a ING el 1 de octubre de 2005, a Old Mutual el 1 de octubre de 2006, a ING el 1 de septiembre de 2007, a Porvenir el 1 de octubre de 2008, a ING el 1 de septiembre de 2009, a Old Mutual el 1 de abril de 2010, a Porvenir el 1 de noviembre de 2010, a Horizonte el 1 de octubre de 2012 a Porvenir el 1 de enero de 2014 y a partir del 1 de abril de 2014 en adelante a Old Mutual, conforme historial de afiliación emitido por Asofondos allegado en la contestación de Old Mutual (expediente digital, archivo 01 fl. 230).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante narró que para la época del traslado estaba vinculada a la Fundación Social, a su lugar de trabajo llegó una pareja de asesores quienes manifestaron que el fondo público se iba a acabar y que la AFP tendrían ventajas como pensionarse anticipadamente y con mejor monto. Indicó que no tuvo oportunidad de realizar preguntas, el formulario ya estaba diligenciado y solo tuvo que proporcionar el dato de dirección y firmarlo. Manifestó que se trasladó entre fondos privados porque muchos asesores se presentaban ofreciendo sus servicios y le pedían que se cambiara para ayudarlos a obtener el pago comisión y le decían que todos los fondos eran iguales. Indicó que nunca pensó retornar a Colpensiones porque creyó en la información que le brindaron los asesores. Refirió que según proyección pensional su mesada en el RAIS sería de \$2'500.000, entre tanto, en Colpensiones sería de \$5'000.000. Confeso que hace 4 años realizó aportes voluntarios por un tema de declaración de renta.

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

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

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

En el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS, las cotizaciones realizadas y los aportes al fondo de pensiones de voluntarias, no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

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

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

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

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de febrero de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

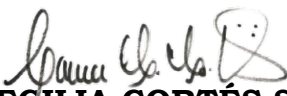
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

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 10 2019 00320 01
DEMANDANTE: FLOR MYRIAM ROMERO MONTOYA
DEMANDADO: SOCIEDAD DE COMERCIALIZACIÓN
INTERNACIONAL COSMETICA CMF LTDA.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de mayo de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió proceso ordinario laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que estuvo vigente desde el 17 de septiembre de 2003 hasta el 15 de mayo de 2018. En consecuencia, se condene a la demandada a pagarle cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones causadas en 2017, sanción por no consignación de cesantías, sanción por no pago de intereses sobre las cesantías, indemnización por terminación del contrato, indemnización moratoria, a pagar aportes al sistema de seguridad social, a pagar la indexación correspondiente e intereses moratorios. Así mismo, los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 17 de septiembre de 2003, se vinculó a la demandada mediante contrato a término indefinido

para desempeñarse como auxiliar de producción. Devengó como último salario \$859.400 más auxilio de transporte de \$83.140. Adujo que la demandada no canceló cesantías, intereses a las cesantías, ni vacaciones causadas en 2017, pese a que realizó los descuentos correspondientes no canceló los aportes a seguridad social desde marzo de 2017 al 15 de mayo de 2018 y pagó tardíamente otros periodos.

Expuso que el 15 de mayo de 2018, dio por terminado el contrato invocando el incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de la empleadora; no obstante, no ha recibido el pago de la liquidación final de prestaciones, tampoco de la indemnización por terminación del contrato por causas imputables al empleador. Refirió que el 10 de septiembre de 2018, citó ante el Ministerio de Trabajo a la demandada, pero esta no asistió, ni justificó su ausencia (fls. 46 a 53).

Sociedad de Comercialización Internacional Cosmética CMF LTDA, rechazó el éxito de las aspiraciones. Admitió que, en 2017, descontó mensualmente a la trabajadora el porcentaje correspondiente a seguridad social, que realizó pagos a salud hasta el 31 de mayo de 2017 y que la demandante dio por terminado el contrato invocando como justa causa el incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de la empleadora. Propuso como excepciones de falta de competencia, pago de los derechos legalmente causados, inexistencia de la obligación pretendida, cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante y las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que la demandante fue vinculada mediante contratos de trabajo a término fijo y que adelantó actuaciones que rompieron la confianza del empleador. Sostuvo que pagó la liquidación final de prestaciones en tiempo inferior a dos meses (fls 72 a 83).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 18 de mayo de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante Flor Myriam Romero Montoya en calidad de trabajadora, y la Sociedad de Comercialización Internacional Cosmética CMF LTDA en calidad de empleadora entre el 8 de septiembre de 2003 y el 15 de mayo de 2018, el que fuera terminado por razones atribuibles a la sociedad empleadora.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD DE COMERCIALIZACIÓN INTERNACIONAL COSMÉTICA CMF LTDA a pagar a la demandante, las siguientes sumas de dinero por los siguientes conceptos:

1. Indemnización moratoria Ley 50 de 90 \$2.213.151
2. Indemnización moratoria artículo 65 CST \$677.076
3. Indemnización por terminación del contrato de trabajo \$7.910.799

Las anteriores sumas de dinero deberán indexarse desde el año 2018, cuando debieron haberse pagado hasta que se verifique su pago, conforme al IPC.

TERCERA: DECLARAR probada la excepción de pago de derechos legalmente causados y no probadas las demás.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones de la demandada.

QUINTO: CONDENAR en costas en esta instancia a la sociedad demandada en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho \$870.000.

En lo fundamental señaló que, aunque la demandada sostuvo que vinculó a la actora mediante contrato de trabajo a término fijo, no aportó el acuerdo escrito, por tanto, lo procedente era declarar la existencia de un contrato a término indefinido. Tampoco no demostró que actuó de buena fe. Definió que la demandada incumplió sus obligaciones contractuales y con ello, motivó la terminación del contrato, por tanto, debe indemnizar a la actora.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes apelaron lo resuelto.

La demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria hasta abril de 2021, cuando fueron cancelados los aportes a seguridad social, dado que solo a partir de este momento quedaron satisfechas las obligaciones a cargo del empleador. Expuso que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el incumplimiento en las cotizaciones implica la imposición de la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

La demandada sostuvo que la sentencia desatiende las condiciones económicas de una empresa en liquidación, según se puede verificar en los estados financieros. Sostuvo que se le somete a una doble carga porque debe pagar intereses de abril de 2021, hacia atrás, para garantizar la cobertura de la seguridad social. Señaló que pagó directamente a la demandante las cesantías y los intereses a las cesantías, por tanto, no puede ser condenada a pagar nuevamente esta prestación, pues la actora no padeció un detrimento económico.

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 en primer término si la demandada está llamada a reconocer y pagar sanción por no consignación de cesantías a un fondo de febrero a mayo de 2018.

Es verdad probada que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 8 de septiembre de 2003 hasta el 15 de mayo de 2018. También que la demandada canceló a la accionante las cesantías causadas en el año 2017, el 12 de junio de 2018, data en que pagó la liquidación final del contrato de trabajo (fl. 124 expediente digital), hecho admitido por la actora al rendir declaración de parte.

Dispone el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que las cesantías se liquidarán al 31 de diciembre de cada anualidad y se consignarán a un fondo antes del 15 de febrero del año siguiente al de su causación, además que el empleador que incumpla el plazo señalado para el depósito *«deberá pagar un día de salario por cada día de retardo»* .. Empero, se ha establecido frente a esta indemnización que, tal como ocurre con la indemnización moratoria a que se refiere el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, su aplicación no es automática y solo procede cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En ese sentido, ha decantado la jurisprudencia laboral que el juez debe adelantar un examen

riguroso del comportamiento asumido por el empleador en su condición de deudor moroso; y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos expuestos por la defensa son razonables y aceptables, al punto que pueda considerarse un comportamiento de buena fe (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529, CSJ SL8216-2016 y CSJ SL3936-2018).

La Sala estima que probada la continuidad en la prestación personal del servicio al menos hasta el 15 de mayo de 2018 y la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, no existe razón atendible para que el empleador se haya abstenido de consignar a un fondo las cesantías causadas en el año 2017, a un fondo antes del 15 de febrero de 2018 y solamente haya pagado la acreencia a la actora junto con la liquidación final del contrato de trabajo, razón por la cual debe confirmarse la condena impuesta en primera instancia, pues aunque el pago se realizó tal como se alega en la apelación, lo cierto es que no se adelantó en los términos y dentro del plazo establecido en la ley.

Ahora, para el Tribunal no son de recibo los argumentos expuestos en la apelación, según los cuales la falta de pago obedece al estado económico por el que atraviesa la empresa, pues esta circunstancia no fue demostrada por la demandada, quedándose en el plano de las afirmaciones carentes de prueba.

En gracia de discusión, de haberse visto envuelta la demandada en una situación de crisis financiera, ello no la exime de cumplir con las obligaciones a su cargo respecto del entonces trabajador, hoy demandante. En efecto, ha sido reiterado el criterio de la Corte Suprema de Justicia, según el cual, el empleador no puede trasladar a sus trabajadores las consecuencias negativas de las situaciones financieras adversas que enfrente, pues la protección de los derechos laborales es una prioridad que no puede afectarse por dichas circunstancias.

Por otra parte, la demandada señala en el recurso que respecto de los aportes a seguridad social se le ordenó pagar intereses distintos a los

que determina la compañía de seguros. También que canceló cesantías e intereses por tanto no puede ordenarse un doble pago.

Al punto, baste señalar que la sentencia no ordenó el pago de cesantías, intereses a las cesantías, tampoco de intereses o aportes a seguridad social y este último asunto apenas fue estudiado por el Juzgado para determinar que la demandada incumplió con las obligaciones a su cargo, lo que justificaba la decisión de la actora de poner fin al vínculo laboral, por tanto, la Sala no se ocupara de analizar tales asuntos.

Apelación de la demandante

La promotora del juicio argumentó que la sanción moratoria debe liquidarse hasta abril de 2021, cuando la empleadora canceló los aportes a seguridad social en pensiones.

Dispone el parágrafo 1º del artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002:

PARÁGRAFO 1º. Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.

Al analizar la norma pretranscrita, ha decantado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que su finalidad es garantizar el pago real de las cotizaciones al sistema de seguridad social y parafiscales, independientemente de las demás formalidades exigidas, esto es, que si empleador cumplió con el deber de afiliación y de si comunicó de manera efectiva dicho pago al trabajador. Igualmente, ha sostenido que la inobservancia de esta obligación, acarrea el pago de la indemnización moratoria a favor del trabajador y no su reintegro al cargo desempeñado,

dado que el objeto de la norma no es el restablecimiento del contrato de trabajo, sino el pago de los aportes a la seguridad social.

En sentencia CSJ SL589-2014, rad. 41956, reiterada en sentencia CSJ SL1139-2018, adoctrinó:

En efecto, el ejercicio hermenéutico de la preceptiva acusada, conduce a concluir que ante la claridad de lo previsto en la citada norma, lo que debe demostrar el empleador, para no quedar incurso en la sanción que allí se prevé, es el pago de las cotizaciones a la seguridad social y de los aportes parafiscales [...] y no el simple hecho de haber practicado al trabajador los descuentos de su salario con dicha finalidad, o la afiliación de aquel al Sistema de Seguridad Social, pues esas circunstancias que dio por demostradas el ad quem, no son suficientes por sí solas para dar por cumplida la citada exigencia, y por ende, exonerar al empleador de la obligación que le impone la norma.

Frente al punto, esta Sala, entre otras en decisión CSJ SL, 17 abr. 2012, rad. 38761, ha considerado que lo que sanciona la disposición que se estudia es la falta de pago de las cotizaciones o aportes al sistema y es por ello que se impone su constatación. Así se ha considerado:

Sobre el alcance del precepto en comento, sostuvo esta Corporación en sentencia de 30 de enero de 2007, rad. N° 29443, ratificada en la de 14 de julio de 2009, rad. N° 35303, lo siguiente:

Sea lo primero indicar que la condición de eficacia para la terminación de los contratos de trabajo prevista en el artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 del 2002, es **un mecanismo de garantía de cobertura real y concreta para el trabajador en materia de seguridad social y contribuciones parafiscales**; ciertamente si le exige al empleador que, para que el despido que se propone realizar sea apto para terminar el contrato de trabajo, cumpla con sus obligaciones para con las entidades del sistema de seguridad social y administradores de recursos parafiscales, se evita que las prestaciones o servicios que estas instituciones ofrecen se nieguen por falta de pago completo de las respectivas cotizaciones o aportes.

Importa destacar que la indemnización moratoria establecida en el parágrafo primero del artículo 65 del CST, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002, al igual que la consagrada en el inciso primero de dicho precepto legal, no es de aplicación automática, pues, para su procedencia, se debe indagar si el comportamiento omiso del empleador estuvo revestido de la buena o la mala fe (CSJ SL458-2013; CSJ SL589-2014; CSJ SL11591-2017; CSJ SL17429-2017; y CSJ SL912-2018).

Entendida aquella por la jurisprudencia como la conducta equivale a obrar con lealtad, rectitud y de manera honesta, traducida en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de probidad y honradez del

empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos.

Revisado el reporte de semanas cotizadas en pensión aportado con la demanda, evidencia la Sala que novedad de ingreso de la demandante fue reportada oportunamente y en los más de catorce años en los que se extendió la relación laboral, el empleador pago en su gran mayoría de manera oportuna las cotizaciones correspondientes y si bien incurrió en mora a partir de marzo de 2017, no puede pasar por alto la colegiatura que para la fecha los periodos faltantes se encuentran satisfechos y que fueron cancelados los intereses de mora a la administradora correspondiente, lo que asegura su contabilización de las semanas correspondientes para la prestación que haya lugar a reconocerse.

En consecuencia, el Tribunal encuentra probado que la demandada actuó de buena fe en el pago de aportes a seguridad social en pensiones y por tanto no hay lugar a extender el pago de la sanción moratoria hasta la fecha señalada en el recurso.

De conformidad con las consideraciones expuestas la Sala confirmará la sentencia apelada.

No se causan costas en la instancia.

V. DECISIÓN

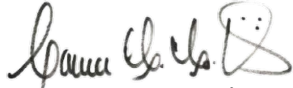
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de mayo de 2021 por el Juzgado Cuarenta 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

(En uso de permiso)

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 10 2019 00443 01
DEMANDANTE: JOSÉ DARIO OBREGÓN FORERO
DEMANDADO: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CCESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de junio de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió proceso ordinario laboral para que se condene a la demandada a pagarle mesadas pensionales causadas desde el 4 de septiembre de 2017 y el 28 de febrero de 2018, junto con los intereses moratorios. Así mismo, los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 3 de septiembre de 1955, cumplió 62 años el 3 de septiembre de 2017. Refirió que en mayo de 1995, se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y actualmente se encuentra vinculado a la AFP Porvenir S.A. Señaló que se retiró del sistema de pensiones en enero de 2017, cuando finalizó su vínculo laboral con Tipiel S.A.

Adujo que la AFP le indicó que podría pensionarse bajo las modalidades de retiro programado, renta vitalicia o retiro programado con renta vitalicia diferida, esta última que le llamó la atención, pues le permitía recibir una mesada superior inicialmente y luego contratar un renta vitalicia menor con una aseguradora. El 22 de marzo de 2017, solicitó a la AFP, su historia laboral que para el momento reflejaba un capital de \$608.759.825, incluido el bono pensional, cuya fecha de redención correspondía al 3 de septiembre de 2017. En el título valor no estaba incluido el tiempo de servicio a Ecopetrol, por lo que adelantó gestiones pertinentes y se entregaron al fondo los soportes correspondientes.

Manifestó que el 31 de agosto de 2017, se acercó a Porvenir S.A. con la intención de solicitar el reconocimiento de la pensión, no obstante, le informaron que no era posible, dado que el bono pensional no estaba acreditado en la cuenta. En la fecha le entregaron simulación pensional, según la cual la mesada ascendería a \$3.347.700 a los 62 años y le informaron que la AFP no ofrecía la modalidad de retiro programado con renta vitalicia diferida, esto que resultaba contrario a lo indicado en otras oportunidades y registrado en la página del fondo, situación que lo llevó a solicitar las explicaciones pertinentes y recibir como respuesta que ninguna aseguradora ofrecía esa modalidad de pensión.

Por lo anterior, radicó queja ante la Superintendencia Financiera, la que fue remitida al fondo el que reiteró que ninguna aseguradora ofrecía la modalidad pensional señalada y que por ello podía cambiar la modalidad y contratar una renta vitalicia, empero no le ofreció opciones, ni alternativas. Luego petitionó a la AFP ilustración sobre el monto de la pensión que obtendría y si en el cálculo se había incluido el cupón del bono a cargo de Ecopetrol. El 15 de diciembre de 2017, en nueva proyección la AFP calculó la pensión en \$2.436.300, esto es, con una disminución \$884.400, situación que lo condujo a solicitar nueva información, pero recibió respuesta parcial a sus cuestionamientos.

Relató que el 19 de enero de 2018, fue citado a las oficinas del fondo, donde le informaron que el bono pensional ya había sido incluido en su cuenta individual y por ello, podía radicar la solicitud de pensión, la que le fue reconocida en marzo de 2018, en cuantía inicial de \$3.560.6916. El 19 de abril de 2018, peticionó al fondo el pago de mesadas causadas desde el 4 de septiembre de 2017, sin embargo, Porvenir rechazó la solicitud al argumentar que el derecho se determina al momento de efectuar el cálculo actuarial.

Adujo que la AFP omitió realizar el trámite del bono pensional oportunamente y en los términos previstos en la ley, también informar las condiciones bajo las cuales se pensionaría en el RAIS, establecer el valor de la mesada pensional y recibir la solicitud de pensión (fls 58 a 66).

Administradora de Fondos de pensiones y Cesantías Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Admitió la data de nacimiento del actor, la fecha en que alcanzó 62 años, la vinculación actual a dicha AFP, que le informó sobre las distintas modalidades de pensión en el RAIS, que en el bono pensional inicialmente no se veía reflejado el cupón a cargo de Ecopetrol, también las peticiones elevadas y las respuestas dadas, la queja presentada ante la Superintendencia financiera. Propuso como excepciones la inexistencia de la obligación de pagar el retroactivo pensional al demandante, cobro de lo no debido, incumplimiento de los requisitos legales para acceder al pago de la prestación, prescripción, buena fe, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que el accionante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez el 25 de enero de 2018. Sostuvo que la función de la AFP respecto del bono pensional es de medio y no de resultado y la historia laboral fue firmada apenas unos meses antes de la solicitud de la prestación (fls 99 a 111).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de junio de 2021, declaró probada la excepción de mérito

denominada inexistencia de la obligación a cargo de mi representada de pagar el retroactivo pensional al demandante y en consecuencia absolvió a la AFP Porvenir de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante José Darío Obregón Forero a quien gravó con las costas del proceso.

En lo fundamental señaló que el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez el 25 de enero de 2018 y que si bien cruzó comunicaciones con la AFP previamente, ninguna de ellas contenía la referida petición. Concluyó que aunque el actor señaló que el fondo privados e negó a recibir en dos oportunidades la reclamación de la prestación, tales hechos no fueron probados. Preciso que reconocer el retroactivo petitionado, de suyo implicaría modificar el monto de la pensión, situación desfavorable para el actor.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante apeló lo resuelto al argumentar que existieron barreras para recibir la solicitud formal de pensión, situación que le obligó a peticionar información sobre las causales, además sobre las modalidades de pensión. Señaló que la carga de demostrar las dilaciones le correspondía a la AFP, al igual que su negativa de permitirle radicar la petición de pensión.

Alegó que es obligación de los fondos mantener actualizada la información de los afiliados para establecer cuando cumplen los requisitos para acceder a la prestación de vejez, también tienen a su cargo los deberes de información y asesoría, por ello mensualmente una porción de la cotización está destinada a cubrir su gestión.

Indicó que el precedente jurisprudencial invocado en la sentencia, define un caso de connotaciones distintas al objeto de este proceso, en el cual la cuenta individual tenía el capital suficiente para financiar la pensión incluso sin la acumulación del bono pensional, por ello la pensión debió ser reconocida.

Sostuvo que el pago del retroactivo no implicaría la disminución de la mesada pensional, pues en el cálculo inicial pueden presentarse contingencias. Refirió que no podía aceptar el reconocimiento de una mesada pensional disminuida en \$1.000.000, pues se trataba de su futuro pensional y tenía derecho a averiguar todo lo concerniente.

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 el promotor del juicio tiene derecho al reconocimiento de retroactivo pensional.

Es verdad probada que *i*). El demandante nació el 3 de septiembre de 1955 y alcanzó 62 años de edad el mismo día y mes del 2017 (fl. 2), *ii*). Cotizó al régimen de ahorro individual. *ii*). La AFP Porvenir S.A. le reconoció pensión de vejez el 28 de marzo de 2018, en cuantía inicial de \$3.133.316 (fls 174 a 176).

Dispone el artículo 64 de la Ley 100 de 1993

ARTÍCULO 64. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. 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 <sic> hubiere lugar.

Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre.

Ahora, la Sala Laboral de la Corte suprema de Justicia de vieja data ha señalado que en el régimen de ahorro individual con solidaridad no

puede hablarse de una fecha fija de causación y disfrute de la pensión de vejez, salvo en lo que tiene que ver con la garantía de pensión mínima, todo depende de la voluntad libre del afiliado, las posibilidades jurídicas de su situación pensional y de los recursos existentes en su cuenta de ahorro individual. (CSJ SL 1024-2022, CSJ SL2188-2021, CSJSL 1168-2019).

Particularmente en la sentencia CSJ SL 1168-2019, puntualizó:

(...) en el RAIS no puede hablarse de una fecha de causación y disfrute de la pensión, estrictamente fijada, pues, se reitera, salvo en lo que tiene que ver con la garantía de pensión mínima, todo depende de la voluntad libre del afiliado y de los recursos existentes en su cuenta de ahorro individual. En ese sentido, el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 dispone diáfananamente que los afiliados «...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...»

A su turno, el artículo 12 del Decreto 1889 de 1994 dispone que «...para los efectos del literal a) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, se entiende que el afiliado cumplió los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez cuando efectivamente se pensione por haber cumplido los requisitos establecidos en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993.»

Ahora bien, aunque en el RAIS no es posible identificar una regla fija e invariable de causación y disfrute de la pensión, lo cierto es que la figura del retroactivo pensional no es del todo ajena a su naturaleza y reglas, pues, en todo caso, existe una fecha cierta a partir de la cual se empieza a pagar la prestación, en función de la voluntad del afiliado y la acreditación del capital suficiente. En ese sentido, una vez reconocida la pensión desde determinada fecha, es a partir de allí que se puede entender configurado el derecho a cualquier pago relativo a la prestación (subrayas originales).

Ahora bien, revisado el expediente y las diferentes peticiones elevadas por el accionante, relacionadas y detalladas exhaustivamente en primera instancia, advierte la Colegiatura que la única solicitud de pensión obrante, es la correspondiente al 25 de enero de 2018 (fls 158 a 160), situación reconocida incluso en el recurso, razón por la cual no es posible ordenar el reconocimiento de la pensión desde la data en que el demandante alcanzó los 62 años de edad, pues para esta época no obra reclamación de la prestación presupuesto necesario para su otorgamiento.

En la apelación se expone que el demandante estaba a la espera de definir la modalidad bajo la cual sería pagada la prestación y el monto de su mesada ya que entre dos proyecciones generadas por la AFP mediaba

una diferencia significativa. Al punto, baste señalar que aunque el artículo 79 de la Ley 100 de 1993 no supedita expresamente el reconocimiento de la prestación de vejez en el régimen de ahorro individual a esta escogencia, ello sí es indispensable para que la entidad administradora tenga certeza en relación con la forma de cumplir la obligación, pues de lo contrario se generaría una situación de incertidumbre tanto para ella como para los asegurados y los beneficiarios (CSJ SL2645-2016).

Importa resaltar que las pensiones de vejez en el RAIS, son esencialmente *variables* y, según lo establece el artículo 5 del Decreto 692 de 1994, dependen «*fundamentalmente de la cantidad de recursos acumulados en las cuentas de ahorro individual y de las decisiones y deseos personales*» (CSJ SL1168-2019), por ejemplo, de la selección de la modalidad pensional (CSJ SL 2188 – 2021). Así las cosas, como quiera que el actor solo hasta el 25 de enero de 2018, elevó la petición, acompañada de los documentos necesarios y selecciono como modalidad pensional el retiro programado (fl 165), no es procedente ordenar el pago del retroactivo pensional anhelado.

En este punto es relevante destacar que en el ámbito de la seguridad social, como derecho fundamental irrenunciable consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política y que se presta con las características de un servicio público, las relaciones que surgen entre los distintos actores, entre ellos afiliados y administradora de pensiones, están regidas por el principio de buena fe. En esa perspectiva, cada uno de ellos debe cumplir con los deberes y cargas que se le exigen y es necesario que exista total transparencia en la información que suministran, como de manera reiterada se ha precisado por la jurisprudencia en el caso de las administradoras pensiones (CSJ SL 21882021).

Así, los afiliados, para acceder a las pretensiones que reclaman deben cumplir no solo los requisitos que exigen las normas sustanciales como edad, tiempo de servicios o capital, sino también prestar su concurso en los trámites en los que se exija una actuación de su parte, esto incluye la petición clara de la pensión, la gestión respecto de la reconstrucción y

aprobación de la historia laboral que permitirá la emisión y redención del bono, entre otras. En efecto, si esto no se lleva a cabo, no puede exigir el pago de la pensión desde una fecha anterior a aquella en que explícitamente la solicitó, pues el pago de la prestación depende de la voluntad libre del afiliado de reclamarla, que no puede ser suplida, en manera alguna por el fondo de pensiones.

Lo anterior, no obsta para que la AFP sea diligente en la administración de los recursos de la cuenta individual, la reconstrucción de la historia laboral y los trámites administrativos del bono pensional, así como en el reconocimiento oportuno de la prestación, como sucedió en el *sub lite*, dado que la reclamación se elevó el 25 de enero de 2018 (fl 158) y fue concedida el 28 de marzo de 2018, dentro del término de cuatro meses previsto en la Ley 797 de 2003.

De otra parte, estima la colegiatura que el accionante incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues, aunque afirma que en dos oportunidades intentó radicar la petición de pensión y que la AFP se abstuvo de recibir su reclamación, ningún medio de convicción permite tener por demostrada dicha afirmación, máxime cuando son múltiples las peticiones que con diferente objeto presentó y de las cuales recibió respuesta incluso en ejercicio de la acción de tutela.

Conviene destacar que aunque para la fecha en que el actor cumplió los 62 años el saldo de la cuenta individual le permitiera acceder a la pensión de vejez, el demandante no había elevado la petición como reiteradamente se ha señalado. En todo caso tal circunstancia no está probada y no le es dable al operador judicial hacer suposiciones o estimaciones, pues recuérdese que factores como la edad y condiciones de los beneficiarios influyen en el monto prestacional.g

De conformidad con las consideraciones expuestas, resulta forzoso conformar la decisión absolutoria de primera instancia.

Sin costas en la apelación.

V. DECISIÓN

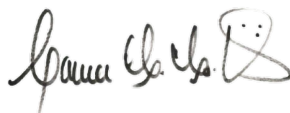
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de junio de 2021 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO/ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

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 10 2019 00688 01
DEMANDANTE: RICARDO ALBERTO CAMACHO TORRES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

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 Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de enero de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la “*nulidad*” y/o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A. adelantado el 1 de junio de 1999. En consecuencia, ordenar a la AFP trasladar a Colpensiones, la totalidad de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual. La última a recibir la afiliación sin solución de continuidad, corregir y actualizar la historia laboral. Se disponga a las demandadas pagar las costas del proceso. Así mismo, se reconozcan los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades extra y ultra y *petita*, más las costas del proceso (expediente digital, documento 13 fls. 55 a 70).

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 2 de julio de 1961, se afilió al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones el 2 de febrero de 1989, allí cotizó 548 semanas. Se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., el 1 de junio de 1999. Adujo que la decisión no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo, por lo que no existió un consentimiento libre y voluntario, tampoco le informaron la imposibilidad de retornar antes de cumplir 52 años de edad, ni de hacerlo en el término de gracia que dispuso la Ley 797 de 2003. Señaló que cuenta con 1.580 semanas cotizadas a lo largo de su vida. Manifestó que la AFP le informó que obtendría una mesada de \$1.543.307 para el año 2023 y de acuerdo a averiguaciones particulares pudo establecer que la mesada en Colpensiones ascendería a \$4.846.458. Finalmente, que elevó a las demandadas petición de traslado (expediente digital, documento 12 fls. 55 a 70).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de natalicio del actor, la afiliación al régimen de prima media, las semanas cotizadas. Manifestó que los demás hechos no le constan o no son ciertos. Formuló la excepción previa de falta de competencia por no agotamiento de reclamación administrativa y como excepciones de mérito prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones. Argumentó que el traslado del actor obedeció a una selección libre de vicios del consentimiento. Señaló que el actor está incurso en prohibición legal para retornar al RPM en razón de la edad (expediente digital, archivo 12 fls. 80 a 83, subsanación archivo 03 fls. 2 a 7).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que los hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, pues se cumplió con la obligación de informar en los términos establecidos para la fecha del traslado (expediente digital, documento 12 fls. 116 a 135).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de enero de 2022 (expediente digital, documento 11), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del demandante señor Ricardo Alberto Camacho Torres, a la Sociedad Administrada de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., mediante la suscripción de afiliación realizada el 26 de abril de 1999, y por ende en consecuencia, se declara ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, y se ordena su regreso automático sin solución de continuidad a la afiliación del régimen de prima media administrado por Colpensiones conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: se **CONDENA** a Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir y restablecer afiliación del demandante al régimen de prima media del señor Ricardo Alberto Camacho Torres sin solución de continuidad la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: se **CONDENA** a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., hacer la devolución o entrega a la Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor Ricardo Alberto Camacho Torres, de su cuenta individual como cotizaciones, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causados y así mismo a realizar la devolución las sumas correspondientes de los gastos y cuotas de administración que le hubiere descontado durante su vinculación debidamente indexados con la documental correspondientes para que se pueda establecer por parte de Colpensiones que se hace la devolución de cotizaciones, rendimientos, frutos y así mismo de cuotas y gastos de administración para ello se le da un término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia y de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a que una vez ingresen los dineros provenientes de la AFP Porvenir S.A., deberá realizarse la revisión que los dineros se devuelven en los términos indicados en esta sentencia y de forma inmediata deberá imputar en la historia laboral de la demandante para efectos pensionales del señor Ricardo Alberto Camacho Torres las semanas cotizadas en el RAIS, de conformidad a la parte motiva de esta providencia

QUINTO: se **DECLARAN** no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a AFP Porvenir S.A. y a Colpensiones a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas e inclúyase como agencias en derecho a cargo de Porvenir S.A. la suma de \$ 900.000 y a cargo de Colpensiones como agencias en derecho la suma la suma de \$ 200.000

SÉPTIMO: De no ser apelada esta providencia, debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta por las condenas impuestas a Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información completa, cierta, y veraz de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera al actor conocer los efectos de trasladarse teniendo en cuenta sus condiciones particulares.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia al argumentar que el traslado en un acto jurídico válido, materializado con la suscripción del formulario de afiliación, documento que no fue tachado de falso. El cual se vio ratificado con los aportes realizados al fondo privado durante un largo periodo en el que el demandante no manifestó inconformidad alguna frente a la supuesta falta de información. Arguyó que la inconformidad en el monto de la pensión no es un argumento válido para retornar a prima media, máxime cuando el actor se encuentra incurso en prohibición legal de hacerlo en consideración a su edad y no cumple los requisitos de cotizaciones fijados por la jurisprudencia para hacerlo en cualquier tiempo.

Se opuso a devolver gastos de administración y seguros de pensión de invalidez, por cuanto estas sumas fueron destinadas a cubrir los seguros previsionales ya pagados a un tercero. Aseguró que estos montos no forman parte integral de la pensión por tanto son susceptibles de prescribir, a más que se ocasionaría enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones quien no efectuó administración.

Por su parte, Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que en el periodo de afiliación el actor no manifestó inconformidad de pertenecer a la AFP y por el contrario realizó múltiples actos de relacionamiento que reafirmaron su voluntad de pertenecer al RAIS.

Señaló que la inconformidad del actor radica en la mesada que le será reconocida en el RAIS, por tanto le resultaría más beneficioso demandar por vía civil y obtener la indemnización de perjuicios.

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 2 de febrero de 1989 (expediente digital, documento 12 fl. 17), migró al RAIS, a través de la administradora AFP Porvenir S.A. el 26 de abril de 1999, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 12, fl. 142), en el que se puede leer:

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

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para el momento del traslado, tras recibir varias llamadas de la AFP, una asesora se acercó a su oficina y le informó que el ISS estaba a portas de la quiebra, por tanto podría perder sus recursos y le ofreció como alternativa trasladarse a la AFP, para salvar sus semanas, pues se trataba de una entidad sólida que contaba con respaldo del Banco Bogotá y hacía parte del grupo de Sarmiento Angulo. Además le indicó que allí obtendría una mesada superior, pero no le explicó cómo ello sucedería. Aceptó que recibe extractos, pero dijo que no los revisa. Relató que en el año 2019 se acercó al fondo y le informaron que su mesada ascendería a \$1.500.000 aproximadamente, suma muy inferior a la base con la cual cotiza.

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 el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que 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, para declarar la del traslado, porque este es el acto de vinculación inicial al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta al deber de información al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

Por tanto, 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.

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 ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

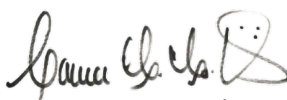
PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de enero de 2022, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia analizada 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: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: 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

Radicación n.º 110013105 10 2019 00688 01.

(En uso de permiso)

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 011 2018 00357 01
DEMANDANTE: RAFAEL RODRÍGUEZ QUICENO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de abril de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la *«nulidad o invalidez del acta o formulario de afiliación»* al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A., y válidamente vinculado a Colpensiones. En consecuencia, condenar a la AFP a trasladar los aportes a Colpensiones. Finalmente, a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones narro que nació el 26 de noviembre de 1962. Se afilió al régimen de prima media con prestación definida (RPM) el 27 de abril de 1988. El 24 de junio de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A,

con la promesa que su pensión sería superior a la del RPM. Adujo que el asesor le informó que era probable la liquidación del ISS, lo que pondría en riesgo las semanas cotizadas, pero no le informó de forma adecuada y completa las características de cada régimen pensional, sus ventajas y desventajas, tampoco las implicaciones que la decisión tendría en su futuro pensional. Expuso que la AFP le realizó proyección pensional en la cual su mesada en el RAIS sería de \$5.257.200, entre tanto, en Colpensiones ascendencia a \$12.779.000. Finalmente, que reclamó el traslado de régimen, pero fue negado (expediente digital, archivo 01 fls. 4 a 21).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las peticiones. Admitió la data de nacimiento del actor, la afiliación al RPM, la reclamación administrativa y su respuesta. De los demás hechos dijo que no le constan. Propuso las de excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que el actor ejerció el derecho de libre escogencia de régimen y conceder el traslado afectaría la sostenibilidad del sistema, dado que se permitiría que persona que no ha contribuido al fondo común se beneficie de una pensión subsidiada por este (expediente digital, archivo 01 fls. 129 a 151).

La AFP Porvenir S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, compensación, buena fe y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la afiliación, fue el producto de una decisión libre e informada, materializada con la suscripción del formulario. Que cumplió con la obligación de brindar información en los términos previstos para la data del traslado (expediente digital, archivo 01 fls. 192 a 225).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 19 de noviembre de 2021 (expediente digital, archivo 08), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación celebrada por parte del ciudadano Rafael Rodríguez Quiceno a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. efectuada el 26 de junio de 1997, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el aquí demandante Rafael Rodríguez Quiceno nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad en lo expuesto en las consideraciones de la presente sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del aquí demandante Rafael Rodríguez Quiceno tales como aportes, cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieren causado en los términos del artículo 1746 del Código Civil, gastos de administración de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones admitir el traslado del aquí demandante Rafael Rodríguez Quiceno con sus aportes al régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEXTO: CONDENAR en costas a Porvenir S.A., liquídense por secretaria, incluyese en ella la suma de \$1.500.000 valor en que se estima las agencias en derecho, de conformidad con los argumentos normativos esbozados en la parte motiva de la presente providencia.

SÉPTIMO: CONSULTAR esta sentencia a favor de Colpensiones, en caso de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal y de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

Como sustento de su decisión, señaló que el fondo accionado y Colpensiones no demostraron el contenido o alcance de la información suministrada al actor al momento del traslado, con lo que incumplieron la carga probatoria que les incumbía, por lo que procede declarar la ineficacia de la afiliación deprecada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones imploró revocar la decisión al señalar que la declaratoria de ineficacia es improcedente, pues el traslado se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien suscribió el formulario de manera libre y permaneció vinculado por más de 25 años, en los que no manifestó inconformidad alguna, ni solicitó información a Colpensiones sobre su futuro pensional, saneando y ratificando su voluntad de permanecer en el RAIS. Señaló que el actor se encuentra incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad. Adujo que el formulario materializó la voluntad del actor y este documento no fue desconocido ni tachado de falso y no pueden ser exigidos requisitos adicionales incorporados con posterioridad en el ordenamiento jurídico. Señaló que permitir el traslado de quien está cerca a pensionarse vulnera el principio de equidad. Solicitó condicionar la ejecución de la condena al cumplimiento de parte de la AFP de trasladar todos los recursos debidamente indexados, pues de lo contrario se atentaría contra el principio de sostenibilidad financiera. Finalmente, solicitó confirmar la no condena en costas.

La AFP Porvenir S.A solicitó revocar la sentencia al argumentar que al declarar la ineficacia del traslado se afectan principios como la confianza legítima y la sostenibilidad financiera del sistema pensional, el primero porque se desconocen los efectos del negocio jurídico celebrado con el actor. Indicó que brindó al demandante la información debida en los términos previstos en la ley para esa fecha y no es posible exigir que se acrediten requisitos incorporados en el ordenamiento jurídico con posterioridad. Sostuvo que el demandante se encuentra incurso en una prohibición legal para retornar al RPM e incumplió sus deberes como consumidor financiero, pues solo se acercó a verificar lo referente a su futuro, cuando estaba cerca de alcanzar la edad de pensión.

De otra parte, alegó que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración, pues gracias a la gestión de la AFP se generaron

rendimientos que incrementaron capital. Señaló que estos gastos y las sumas correspondientes a primas de seguro no pertenecen al afiliado y que ordenar su devolución junto con los rendimientos desconoce la figura de las restituciones mutuas. Con todo, estas sumas no integran el capital que financia la pensión y por tanto son susceptibles de prescribir.

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 también 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 expedido por Colpensiones el actor se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 27 de abril de 1988 (expediente digital, archivo 01 fl. 26), migró al RAIS, el 24 junio de 1997 con la suscripción de formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. (expediente digital, archivo 01 fl. 80 y 307) en el que se puede leer:

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

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que, aportaba al ISS desde 1988, en el año 1997 ingresó en la compañía «*Acer Computers Colombia S.A*» y en este momento se efectuó el traslado a Porvenir. Indicó que una asesora le informó que era posible el cierre del Seguro Social y podría perder sus aportes. Entre tanto, en el fondo obtendría una mesada superior a cualquier edad pero no le explicó como sucedería. Aseguró que firmó el formulario que fue previamente diligenciado por la promotora. Admitió que recibió extractos pero que no los entendía, en ocasiones vio que el capital disminuyó. Refirió que nunca se acercó al ISS a corroborar la información. Relató que hace 4 años el fondo le realizó un comparativo entre regímenes y la asesora que lo atendió le preguntó el por qué no se cambió antes, en ese momento se enteró que hubo un periodo en el que pudo retornar al RPM. Manifestó que su motivación de retornar a RPM se funda en la falta de información al momento del traslado y la diferencia en el monto de la mesada pensional.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado 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 el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas

no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

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

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

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

Por tanto, la susodicha administradora deberá devolver el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021 y 5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SL2207-2021 y CSJ 5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de abril de 2022, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

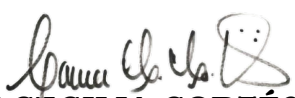
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia analizada que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales 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 bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

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 011 2020 00461 01
DEMANDANTE: LIGIA MARGOTH ESPITIA TRIANA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 de diciembre 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia del traslado «y de la afiliación» del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se condene al fondo a trasladar a Colpensiones todos los aportes, junto con sus rendimientos. A la última a activar la afiliación, aceptar y recibir el traslado de los aportes. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 8 de septiembre de 1959 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales en 1988. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) el 30 de septiembre de

1995, a través de la AFP Colfondos. Adujo que el fondo no le brindó información adecuada y completa sobre las diferencias de cada régimen, sus ventajas, desventajas y los requisitos para pensionarse en cada caso. Expuso que Colfondos le realizó proyección pensional según la cual su mesada en el RAIS sería de \$877.803, entre tanto, en Colpensiones ascendencia a \$1.776.000. Finalmente, las demandadas negaron la solicitud de traslado (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 13, subsanación archivo 06).

La AFP Colfondos S.A rechazó el éxito de las peticiones. Manifestó no ser ciertos o no constarle la totalidad de los hechos. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, «*no existe prueba de causal de nulidad alguna*», prescripción de la acción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, sostuvo que cumplió con las formalidades establecidas en la Ley para el momento en que se concretó el traslado. Indicó que la actora estuvo afiliada por más de 15 años en el RAIS, sin exponer inconformidad alguna (expediente digital, archivo 9 fls. 2 a 20).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de natalicio de la actora, la afiliación al ISS, el traslado de régimen y la negativa a la solicitud de retorno a RPM. Manifestó que no le constan los hechos restantes. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que al trasladarse la demandante realizó un acto consciente, espontáneo y libre de presiones (expediente digital, archivo 10 fls. 2 a 41).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 3 de diciembre 2021 (expediente digital, archivo 23), resolvió: (44:34)

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación celebrada por la aquí demandante Ligia Margoth Espitia Triana a la AFP Colfondos S.A. suscrita el 30 de septiembre de 1995, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la aquí demandante Ligia Margoth Espitia Triana nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad lo expuesto en las consideraciones de la presente providencia.

TERCERO: CONDENAR a la AFP Colfondos S.A. sociedad con la cual la actora mantiene vigente su afiliación, trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieren causado en los términos del artículo 1746 del Código Civil. Finalmente, los gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones a admitir el traslado de la aquí demandante Ligia Margoth Espitia Triana con los haberes que obran en su cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo esbozado en la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones formuladas por la pasiva, de acuerdo a los argumentos esbozados en la parte motiva de este proveído.

SEXTO: Sin condena en costas, de acuerdo a los argumentos esbozados en la parte motiva de este proveído.

SÉPTIMO: CONSULTAR esta providencia en favor de Colpensiones, en caso de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal y de acuerdo a los argumentos normativos de orden procesal expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

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

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones reclama revocar la sentencia bajo el argumento que la actora se encuentra incurso en una

prohibición legal de retornar a RPM en razón de la edad. Indicó que al declarar la ineficacia del traslado se estaría afectando la sostenibilidad financiera de la administradora. Además, solicitó que se condicione el cumplimiento de la sentencia, hasta tanto, la AFP reintegre los recursos de la cuenta individual y gastos de administración debidamente indexados.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que 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 6 de octubre de 1988 (expediente digital, archivo 10 fl. 63), migró al RAIS, el 30 de septiembre de 1995, con la suscripción de formulario de afiliación con la AFP Colfondos S.A. (expediente digital, archivo 01 fl. 28) en el que se puede leer:

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

Las demandadas AFP Colfondos S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones desistieron del interrogatorio de parte de la demandante.

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

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

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital

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

Por tanto, Colfondos deberá trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, 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).

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 de diciembre 2021, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

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

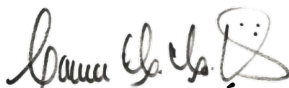
respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

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 12 2018 00403 01.
DEMANDANTE: MARISOL PARRA TURRIAGO
DEMANDADO: SITEL DE COLOMBIA S.A. Y AMERICAS BUSINESS
PROCESS SERVICES S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de enero de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada Sitel de Colombia S.A. según consta en documento adiado del 2 de agosto de 1999 y la nulidad de la conciliación celebrada con esta, el 27 de mayo de 2008. Se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo con la accionada Contac Center Américas S.A. hoy Americas Business Process Services S.A. de conformidad con el documento del 2 de junio de 2008. Declarar la sustitución patronal entre Sitel de Colombia S.A. y Americas Business Process Services S.A., que durante 15 años, 11 meses y 27 días prestó servicios a Hewlet Packard Colombia Ltda. También que el contrato terminó ante el grave incumplimiento de las obligaciones del empleador. En consecuencia, se condene a Americas Business Process Services S.A. a pagarle indemnización por despido injustificado, saldo pendiente de prestaciones sociales, bonificación por retiro y suma conciliatoria, sanción moratoria, la indexación correspondiente y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 2 de agosto de 1999, se vinculó a la demanda Sitel de Colombia S.A. para desempeñarse inicialmente como *«Agent Key Premier»* en las instalaciones y al servicio de Hewlet Packard Colombia Ltda. El 27 de mayo de 2008, en su lugar de trabajo suscribió acta de conciliación, en la cual quedó consignado que el contrato de trabajo terminaba el 30 de mayo de 2008, por mutuo acuerdo y que le fue reconocida la suma de \$200.000, para precaver cualquier conflicto; devengó como último salario \$2.870.000 y le fue cancelada la suma de \$7.138.258, como liquidación final.

Expuso que todos los trabajadores vinculados a Sitel debieron suscribir documento similar, pues les fue informado que *«quienes quisieran conservar su puesto de trabajo debían suscribir un documento que se encuentra avalado por el Ministerio de Trabajo toda vez la empresa a la cual representaba no podía seguir prestando sus servicios de intermediación laboral para su cliente Hewlet Packard Colombia Ltda y que dicha actividad de intermediación sería ejercida en adelante por la empresa Contac Center Américas S.A.»*. Expuso que en la cláusula novena del contrato de trabajo las partes acordaron el pago de una bonificación no constitutiva de salario por retiro y suma conciliatoria en la suma de \$23.357.337, sin perjuicio de la indemnización legal a que hubiere derecho.

A partir del 2 de junio de 2008, suscribió contrato de trabajo a término indefinido con Contac Center Américas S.A. para continuar prestando servicios a Hewlet Packard Colombia Ltda, en las mismas condiciones en que lo había hecho por más de 9 años. El 29 de julio de 2015, ante el continuo y grave incumplimiento de las obligaciones del empleador, materializadas entre otras en: *«la estrategia engañosa utilizada por la empresa Sitel de Colombia S.A. para dar por terminado el primer contrato de trabajo» «el procedimiento utilizado por la empresa Contac Center para la celebración del contrato de trabajo de fecha 2 de julio de 2008» «el procedimiento engañoso»* destinado a ocultar la sustitución patronal; la falta de gestión ante la ARL Positiva para que hiciera el seguimiento de la

enfermedad laboral que le fue diagnosticada y comentarios desobligantes de Salvatore Cherchi, Gerente PPS para Ecuador y jefe inmediato.

Manifestó que recibió como último salario \$5.723.740. Americas Business Process Services S.A., le pagó como liquidación final \$7.080.191, que fue establecida con el salario equivocado de \$3.683.327. Dijo que a lo largo del vínculo laboral, prestó servicios a Hewlet Packard Colombia Ltda, desarrolló actividades relacionadas con el manejo de clientes, distribuidores de la marca a través de llamadas telefónicas, digitación de documentos, contratos, comunicaciones, elaboración de configuraciones tecnológicas, mediante el uso de computador. Le fue determinada enfermedad denominada síndrome del túnel del carpo bilateral y epicondilitis lateral derecha. Adujo que Positiva Compañía de Seguros acusó de recibidos documentos remitidos por la EPS Sanitas Medicina Laboral para la calificación de origen. Que la empleadora incumplió con las obligaciones relacionadas con la prevención de riesgos profesionales y la reubicación a un puesto de trabajo acorde con sus capacidades, por tanto se vio abocada a cubrir con su patrimonio los implementos necesarios para el desarrollo de sus actividades laborales, con el fin de *«tratar de aminorar la exposición del riesgo y el avance de la enfermedad laboral»*.

Finalmente, expuso que citó al empleador a audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo, la que fracasó pues las partes no llegaron a acuerdo alguno (fls. 65 a 92 subsanación).

Americas Business Process Services S.A., rechazó el éxito de las súplicas. Admitió la existencia del contrato desde el 2 de junio de 2008, el pago de \$7.080.191 por concepto de liquidación final, que a la demandante se dictaminaron enfermedades, que ARL Positiva recibió documentos para realizar calificación de origen de las patologías y que fue citada ante el Ministerio de Trabajo a audiencia de conciliación la que se declaró fracasada. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, inexistencia de derechos por parte de la demandante, prescripción de las acciones, buena fe, falta de título y causa, compensación, pago y las

demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, expuso que en atención al contrato comercial suscrito con Hewlet Packard, el 2 de mayo de 2008, vinculó a la demandada para la ejecución de dicho proyecto. Refirió que no se configuran los elementos para declarar la existencia de sustitución patronal y que el contrato de trabajo finalizó, porque la demandante presentó carta de renuncia y expuso una serie de razones que carecen de sustento fáctico (fls. 140 a 163).

Sitel de Colombia S.A., se opuso a las peticiones del libelo introductorio, salvo la declaración de existencia del vínculo. Aceptó la suscripción del contrato de trabajo el 2 de agosto de 1999, el cargo desempeñado, la empresa usuaria, el acuerdo conciliatorio, el salario devengado, la suma pagada por concepto de liquidación final, la citación en el Ministerio del Trabajo. Propuso las excepciones de prescripción y mala fe por parte del demandante. En su defensa señaló que se dedica a prestar servicios especializados de *contac center* a diferentes empresas nacionales e internacionales a través de contrato de *outsourcing*. Indicó que *Hewlet Packard* Colombia, la contrató para prestar servicios *in house*. Refirió que en el presente asunto no se materializaron los requisitos para la configuración de la sustitución patronal, además el acta de conciliación materializó un acto jurídico adelantado por una persona capaz quien expresó su voluntad (fls. 437 a 457).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de enero de 2021, absolvió a las demandadas. Declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación y se abstuvo de imponer costas (fl. 485).

Básicamente, señaló que no es procedente declarar la existencia de sustitución patronal, pues el primero de los contratos terminó en virtud de conciliación suscrita por las partes, que comporta plena validez y que le permitió a la accionante recibir una bonificación. Sostuvo que la promotora del juicio no demostró ser sujeto de estabilidad laboral

reforzada. Tampoco que se haya configurado circunstancia alguna imputable al empleador que justificara la renuncia.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante apeló lo resuelto de manera confusa, argumenta que demostró la existencia de un contrato de trabajo con Sitel de Colombia y BPS Services, y la configuración de sustitución patronal, pues la terminación del contrato con la primera se dio, por una presunta conciliación según quedó probado con el dicho de los testigos, la afiliación a seguridad social fue anterior a la contratación con la segunda y hubo continuidad en el establecimiento, en la prestación del servicio y en el lugar de trabajo.

Que existe una diferencia sustancial entre las acreencias liquidadas por la demandada y las establecidas en el libelo introductorio, pues se probó que existió continuidad en la prestación del servicio.

Arguyó que demostró que la renuncia se dio por causas imputables a las demandadas, que probó que padecía una enfermedad ocasionada por el trabajo y que la demandada no realizó el seguimiento debido, no dio un adecuado tratamiento a la enfermedad de origen laboral determinada por la EPS y la ARL. Finalmente, argumentó que las demandadas deben ser condenadas solidariamente a responder por las acreencias laborales.

IV. CONSIDERACIONES

Conforme al recurso de apelación corresponde a la Sala determinar si es posible declarar la existencia de sustitución patronal entre Sitel de Colombia S.A. y Americas Business Process Services S.A., por ser nula la conciliación suscrita con el primero y si en consecuencia hay lugar a reconocer las acreencias laborales reclamadas. De otra parte, verificar si la terminación del contrato ocurrió por causas imputables a la demandada, consistentes en el desconocimiento de la condición de salud de la actora.

Es verdad probada que la demandante prestó servicios a Sitel de Colombia S.A. desde el 9 de agosto de 1999 hasta el 30 de mayo de 2008, con la suscripción de acta de conciliación. A partir del 2 de junio de 2008, los servicios fueron prestados a favor de Contac Center Americas S.A hoy Americas Business Servicess hasta el 30 de junio de 2015, este vínculo terminó por renuncia.

Ahora previo a analizar si entre las antes referidas opero el fenómeno de la sustitución patronal se hace necesario verificar si como se alega en el recurso la conciliación suscrita entre Sitel de Colombia S.A. y la actora es invalida, primero porque no se pagaron completas las acreencias laborales y segundo porque se defraudaron los derechos de la accionante con el objeto de vincularla a otro empleador pese a que continuó con las mismas funciones.

Conviene recordar que en principio la conciliación se asemeja a una sentencia judicial con efectos de cosa juzgada y, por tanto, es inmutable, siempre y cuando su objeto y causa sean lícitos, no se desconozcan derechos mínimos, ciertos e indiscutibles del trabajador y, en general, no produzca lesión a la Constitución y la ley (CSJ SL911-2016, reiterada en SL3071-2020).

Ahora, aunque en las relaciones contractuales por excelencia prima la autonomía de la voluntad, esa libertad en las relaciones laborales se encuentra limitada por los principios tuitivos del derecho del trabajo y de la seguridad social - que propenden por garantizar los derechos y prerrogativas mínimas del trabajador-, quien dada su condición de subordinado se convierte en la parte más débil de la relación laboral. Por ello, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido como uno de los principios rectores del derecho del trabajo, la irrenunciabilidad a las prerrogativas mínimas previstas en normas laborales a fin de evitar que el trabajador se prive, por desconocimiento o por presiones del empleador, de beneficios mínimos consagrados en su favor.

En esa línea de protección del trabajo humano, se verifica el artículo 53 de la Constitución Nacional, el cual consagra la *«irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales»*. Igualmente, el Código Sustantivo del Trabajo señala que los derechos y prerrogativas estipulados en sus disposiciones, *«contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores»* (artículo 13), en tal virtud, dispone que cualquier estipulación que afecte o desconozca esos mínimos *“no produce efecto alguno”* y, bajo la concepción de orden público (artículo 14), determina que los derechos y prerrogativas contenidos en esa codificación son irrenunciables, *“salvo los casos expresamente exceptuados por la ley”*.

En el presente asunto, de conformidad con el acta n.º 37, del 27 de mayo de 2008 (fls.47 y 48), las partes acordaron la terminación del contrato de trabajo a partir del 30 de mayo de 2008, quedó consignado que la trabajadora creía tener derechos indemnizatorios por lo que llegaron a una fórmula de arreglo consistente en el pago de \$200.000 a título de suma única para conciliar cualquier eventual litigio que se llegare a presentar, la que fue cancelada en cheque. También se dejó consignado que por concepto de liquidación final de acreencias laborales la empresa pagaría la suma de \$7.130.258.

Conforme a lo anterior, al suscribir el acuerdo conciliatorio la demandante no renunció a derechos ciertos e indiscutibles, pues además aceptó haber recibido las sumas desde el escrito de demanda. Ahora, aunque al apelar expone falta de pago de acreencias laborales por parte de esta empleadora, lo cierto es que al remitirse la Colegiatura al escrito genitorio no se verifica que tal circunstancia haya sido expuesta, por tanto se releva de dicho estudio.

De otro lado, estima la Sala que la actora no cumplió con el deber que le impone el artículo 177 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues aunque alega que la demandada de manera

fraudulenta la constriñó suscribir el acuerdo conciliatorio y que por tanto está viciado no demostró tal circunstancia.

En efecto, solicitó decretar y escuchar los testimonios de Ramiro Ruiz Molina, Javier Díaz Buitrago, Mónica del Rosario Castillo Torres y Marvin Emel Barbudo, los dos primeros no se practicaron como quiera no comparecieron en la fecha y hora señalada por el Juzgado. Castillo Torres manifestó ser traductora. Refirió que Sitel la contrató en 2002 o 2003, para trabaja en la operación de *hewlett packcard*, hasta el 30 de mayo de 2008 y a partir del 2 de junio de 2002 inició «*con lo que hoy es CCA HP*» ejecutando las mismas funciones. En el nuevo contrato le incluyeron el pago de un bono pagadero de ser despedida sin justa causa. Señaló que la despidieron antes que el contrato de la actora terminara, por ello, no conoce las circunstancias en que el mismo se dio. No sabe si entre Sitel y Américas existió alguna relación

El testigo Marbin Emel Barbudo, compañero de trabajo de la actora señaló que el 2008, Contac Center hoy Américas ganó un proceso licitatorio para ejecutar esa operación que venía desarrollando Sitel y que para seguir trabajando debieron firmar una conciliación y a partir del 2 de junio de 2008, ingresaron a laborar con CCA. Señaló que no presenció el momento en que la accionante firmó la conciliación en el Ministerio de Trabajo y que desconoce si entre Sitel y CCA existe alguna relación comercial.

Bajo este panorama no hay lugar a declarar ineficaz o nula la conciliación suscrita el 27 de mayo de 2008 y por tanto que el contrato de trabajo entre las partes terminó de mutuo acuerdo.

Con todo, frente a la figura, de la sustitución patronal la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3001 de 2020, puntualizó que:

De acuerdo con este precepto, la sustitución de empleadores se configura cuando existe un cambio en la titularidad de la empresa, independientemente de

cuál sea el negocio jurídico subyacente, y siempre que esta operación implique la continuidad de las actividades empresariales.

Por tanto, el cambio de titularidad de la empresa (sale un titular y entra otro respecto del mismo negocio), también conocido como sucesión de empresa (un empresario sucede a otro en la misma empresa) o transmisión de empresa (el titular anterior de la empresa la vende o traspasa a un nuevo titular) es un elemento ineludible para que la figura de marras se configure.

Adicionalmente, este cambio de empleador supone que, en virtud de un acto, el empresario cedente transfiere al cesionario bienes susceptibles de explotación económica, con capacidad para ofrecer bienes o servicios al mercado. Dicho de otra forma, la sucesión de empresa supone el traspaso de un conjunto de medios organizados susceptibles de permitir la continuación de la actividad económica correspondiente. Por consiguiente, la mera transmisión de la actividad, sin que esté acompañada del traspaso de los medios de producción o de la organización empresarial, no configura una sustitución de empleadores.

Precisamente en este aspecto reside la diferencia entre la tercerización laboral y la sustitución de empleadores. En la primera, el empresario «hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo» (CSJ SL467-2019), lo que usualmente se concreta a través de la figura de los contratistas y subcontratistas prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. Luego, en la tercerización laboral, hay una externalización de tareas o, si se quiere, un traspaso de actividades de una empresa a otra, pero sin transferencia de la organización empresarial. Por ello, la empresa cesionaria puede reversar la actividad cedida o delegarla en otro contratista.

En cambio, en la sustitución de empleadores, no solo hay una transmisión de actividad; también se transfieren las estructuras y elementos organizativos suficientes para dar continuidad a la explotación de bienes y servicios ofrecidos al mercado. Por tanto, no hay sucesión de empresas si no opera este trasvase de los medios organizativos y productivos de una compañía a la otra, que le permitan seguir explotando el negocio cedido.

Bajo estos derroteros, encuentra la Sala la accionante no demostró que más allá de la transmisión de la actividad, Sitel de Colombia S.A. haya cedido los medios, bienes, estructuras y elementos a Americas Business Servicess, para que continuara con la ejecución del negocio. Lo que se verifica es que Hewlett Packard, externalizó sus tareas, primero en cabeza de Sitel y luego por intermedio de ABS, sin que ello configure sustitución patronal entre las empresas que asumieron la tercerización del proceso.

Así las cosas, aun en el evento en que la conciliación hubiere sido declarada nula por algún motivo, no sería procedente declarar, sustitución patronal pretendida.

De otra parte, alega la accionante en tres apartes diferentes del recurso que existieron diferencias en la liquidación final, en las dos primeras no expone argumento alguno que respalde su dicho, ni refiere

defectos en algún análisis del juzgado. En la tercera oportunidad, refiere que la liquidación debió tomar en consideración la continuidad laboral, esta que no se probó como se señaló en precedencia, razón por la cual la Colegiatura se releva de este estudio, como quiera que se determinó que no operó la sustitución patronal entre empleadores y en consecuencia no se configuró la continuidad en la que funda la petición de reliquidación.

De otro lado, se argumenta en la apelación que está probado que la empleadora no dio un adecuado tratamiento y seguimiento de la enfermedad de origen laboral que padece la accionante, causal que justifica la renuncia y configura el despido indirecto.

Conviene recordar que el parágrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente, no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos. De allí, la obligación del trabajador de demostrar que las causales invocadas a la finalización del vínculo laboral son imputables al empleador.

Así lo tiene puntualizado la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 44155 de 26 de junio de 2012, rememorada en SL1082-2020, en que señaló:

El despido indirecto o auto despido es el resultado del comportamiento que de manera consciente y por iniciativa propia hace el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral, por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador. Esta decisión debe ser puesta en conocimiento a este último, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la misma, además de ser expuestos con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral.

Precisa la Sala, que el contenido de la carta de despido corresponde a manifestaciones de parte que requieren para su confirmación de otros medios probatorios que corroboren lo dicho, (...)"

En el presente caso, conforme al escrito de folios 41 a 43, el 29 de julio de 2015, la demandante da por terminado el contrato al señalar en lo que es materia el recurso indicó:

2º.- Como es de conocimiento de la Empresa, se me determinó una enfermedad Laboral denominada **SÍNDROME DEL TUNEL DEL CARPO BILATERAL y EPICONDILITIS LATERAL DERECHA**, sin que hasta la fecha la Empresa haya cumplido con sus obligaciones, es decir haya agotado el trámite correspondiente de comunicarse con la ARL POSITIVA, para el respectivo seguimiento de mi enfermedad con el propósito de que tomen los correctivos y sugerencias para aliviar la carga laboral, para que la suscrita pueda seguir laborando bajo las condiciones que permiten la enfermedad que me fue diagnosticada.

La demandada Americas Business Process S.A. aportó estudio de puesto de trabajo de la promotora del juicio elaborado en septiembre de 2013 (fls 187 a 196). En el que se indicó como objetivo *«Evaluar el puesto de trabajo de la Sra. Marisol Parra Turriago en el cargo de Especialista de Canales Ecuador con el fin de apoyar a la empresa en el proceso de estudio en primera instancia para calificación de la presunta enfermedad profesional con énfasis en patología osteo- muscular y carga física.*

Se verifica que el 16 de octubre de 2013 (fl 200), la empresa remitió a la EPS documentación necesaria para la calificación y requirió información del estado del trámite el 3 de diciembre de 2013 (fl. 201), el 21 de enero elevó derecho de petición (fls. 202 y 203). La demandante aportó comunicación adiada del 13 de diciembre de 2013, en la que la E.P.S. Sanitas contesta a Contac Center Americas S.A., requerimiento sobre el concepto de calificación de origen de la demandante y le informa que una vez documentado el caso cuenta con 30 días para pronunciarse y pone de presente que recibió la documentación de parte de la empresa el 17 de octubre de 2013 (fl 32).

En respuesta Sanitas por comunicación del 22 de enero de 2014, informa que el 18 de noviembre de 2013, solicitó *nuevamente* a la demandante el envío del resultado de electromiografía ordenada por fisiatría el 23 de octubre de 2013 y el resultado de ecografía y radiografía de codo, los cuales, además indica que la usuaria allegó los documentos solo hasta el 7 de enero de 2014 y que a partir de esta fecha cuenta con 30 días para responder (fl. 204). El 7 de febrero de 2014 la empresa requiere nuevamente a la EPS (fl 205).

Milita a folio 31, misiva del 20 de marzo de 2014, con la que ARL Positiva informa a la EPS Sanitas que está de acuerdo con la calificación en primera oportunidad de la patología síndrome del túnel del carpo bilateral y epicondilitis lateral derecha como de origen laboral.

Por solicitud de la demandada Americas Business Process Services S.A. fueron decretados los testimonios de Andrea del Pilar Orjuela Gutiérrez y Jaime Andrés García Villalba, este último que no compareció a la audiencia fijada por el Juez. La primera manifestó que es Directora de Seguridad Social en el Trabajo y Bienestar en Américas Business dijo que la demandante nunca presentó recomendaciones médicas. Señaló que la radicación de incapacidades se adelanta con el jefe inmediato. Aseguró que la EPS calificó la patología de la actora como de origen profesional y que la empresa siempre estuvo pendiente el proceso. Señaló que el jefe directo de la demandada es el *team líder* pero no tiene claro el nombre de la persona.

Al rendir declaración de parte la demandante señaló que padeció una enfermedad, la ARL hizo una revisión del puesto de trabajo, pero la empresa no acató las recomendaciones. Aceptó no haber sido calificada su pérdida de capacidad laboral.

Analizados en conjunto los medios de prueba antes relacionados, considera la Sala que la demandante logró demostrar que padece enfermedad de origen laboral, empero la demandada con las varias comunicaciones cruzadas con la EPS en el 2013, acreditó que adelantó el trámite correspondiente de calificación de origen, remitió la documentación que le fue solicitada e incluso, que fue la demandante quien tardó en remitir exámenes especializados.

Ahora bien, la demandante no demostró por ningún medio que para el momento en que decidió dar por terminado el contrato de trabajo, el estado de su patología y sus condiciones físicas le impedían o limitaban la ejecución de funciones ante la desatención del empleador. Tampoco probó que le fueron prescritas incapacidades, recomendaciones o que estaba sometida a tratamiento médico, ninguno de estos elementos de convicción

fue allegado al proceso. En consecuencia, no es posible determinar que la empleadora faltó a sus deberes de atención y cuidado para con la actora y que esta circunstancia motivó justamente su decisión de dar por terminado el contrato, de allí que tampoco en este punto pueda ser revocada 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 21 de enero de 2021 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin costas en la instancia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar al fondo de

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Radicación n.º 110013105 12 2018 00403 01.



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 12 2020 0004 01.
DEMANDANTE: CARLOS ARTURO RUEDA OROZCO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

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

SENTENCIA

La Sala decide en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de mayo de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió proceso ordinario laboral para que se condene a la demandada a reliquidar la pensión que percibe con la inclusión de todos los devengos y retribuciones percibidas en el último año, en los diez últimos años o en toda la vida según la norma que le resulte más favorable. A devolver los dineros correspondientes a los aportes adicionales a las 1.400 semanas, a reconocer el incremento del 14% por cónyuge a cargo y del 7% por hijos menores y del 25% por necesidad de ayuda de tercera persona. Peticiona la indexación de la primera mesada y de las condenas que se profieran, junto con los intereses moratorios y corrientes, la indemnización integral de perjuicios, la *indemnización moratoria*. Así mismo, solicita el reconocimiento de pensión convencional y/o legal según le sea más conveniente.

En respaldo de sus pretensiones, narró que es titular de una pensión de invalidez, la cual fue liquidada por la demanda sin tomar en

consideración la totalidad de semanas cotizadas. Sostuvo que es beneficiario del régimen de transición y en consecuencia tiene derecho al pago del incremento del 14% por su cónyuge a cargo Adalgiza Pava Mancera y del 7% por sus menores hijos Juan José y Santiago Rueda Santos (fls. 2 a 8).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió que el actor es titular de la pensión de invalidez y que disfruta de dos mesadas adicionales al año. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de indexación, buena fe, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses señaló que las pretensiones adolecen de fundamento fáctico y legal, como quiera que la prestación que percibe el accionante no es susceptible de ser liquidada en la forma peticionada, pues acredita apenas 622 semanas y cuenta con 57 años de edad. Expuso que los incrementos por persona a cargo solamente proceden cuando se acredite dependencia económica (fls. 55 a 61).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de mayo de 2021, absolvió a la demandada.

En lo fundamental señaló que el demandante no es beneficiario del régimen de transición por tanto no tiene derecho al percibir incrementos por persona a cargo al amparo del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad. Determinó que no hay lugar a la reliquidación de la pensión dado que se pretende la inclusión de factores salariales del sector público, pese a que el accionante solamente prestó servicios a empleadores de orden privado, con todo el despacho procedió a realizar la operaciones correspondientes encontrando que la mesada a que tiene derecho es igual al salario mínimo. Estableció que el incremento del

25% por ayuda de tercera persona está prevista para pensiones de origen laboral y no común como la que percibe el actor.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. CONSIDERACIONES

Conforme a la fijación del litigio realizada por el Juzgado corresponde a la Colegiatura definir si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión que disfruta, al reconocimiento de incrementos por persona a cargo del 14% y 7% y al incremento del 25%, por ayuda de tercera persona.

Es verdad probada que Colpensiones reconoció al demandante pensión de invalidez a partir del 1 de marzo de 2014, en cuantía inicial de \$616.000, al amparo de lo dispuesto en la Ley 860 de 2003, pues ello consta en Resolución GNR50573 del 21 de febrero de 2014.

De la liquidación de la pensión de invalidez

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 el ingreso base para liquidar las pensiones allí previstas será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Además dispone la norma que cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso

anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

En el asunto bajo examen el accionante cotizó 611 semanas (fl. 11 vto), por manera que la única posibilidad para establecer el IBL de la prestación es con base en los salarios cotizados en los últimos 10 años, tal como lo hizo la entidad en el acto administrativo de reconocimiento. Vale señalar que la norma no prevé la determinación de la base de liquidación con los salarios cotizados en el último año y el accionante no acredita más de 1.250 semanas cotizadas para optar por la validación con los salarios cotizados en toda la vida laboral como pretende en el libelo introductorio.

De otra parte, falto al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues aunque solicita la reliquidación de la mesada con la inclusión de todos los factores devengados, no demostró haber cotizado mes a mes con una base superior a la tomada en consideración por la entidad al otorgarla.

De los incrementos por persona a cargo

El Acuerdo 049 de 1990 en su artículo 21 dispone:

ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

- a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y,
- b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder del cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima legal.

En el asunto de marras, Colpensiones otorgó la pensión de invalidez en aplicación de la Ley 860 de 2003 (fls. 10 a 13). En estas condiciones, no

es posible la concesión de los incrementos solicitados en tanto la pensión del actor no fue reconocida al amparo del Acuerdo 049 de 1990, que es precisamente uno de los presupuestos esenciales para que el derecho se cause.

Así las cosas como quiera que el Estatuto de Seguridad Social no prevé el beneficio reclamado, el demandante no tiene derecho a su reconocimiento, tal como acertadamente concluyó el Juez de conocimiento.

Del incremento del 25%

La Ley 776 de 2002, por medio de la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales dispone en el litera c del artículo 12, el incremento de un 15%, en el valor de la pensión de invalidez cuando el pensionado requiere de otra u otras personas para realizar las funciones elementales de su vida.

Como se ve el actor no tiene derecho al incremento deprecado pues, la pérdida de su capacidad laboral tiene origen común y el incremento deprecado está previsto para las pensiones de invalidez cuyo origen es laboral.

Las consideraciones expuestas resultan suficientes para confirmar la sentencia analizada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de mayo de 2021 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá para, en su lugar, absolver a Colpensiones de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin COSTAS en el grado de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 012 2021 00222 01
DEMANDANTE: LUZ PIEDAD ECHEVERRY QUICENO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de enero de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. adelantado el 29 de septiembre de 2000 y válidamente afiliada a Colpensiones. En consecuencia, se condenó a la AFP a trasladar los aportes y rendimientos causados en la cuenta de ahorro individual debidamente indexados, sin descontar valor alguno por gastos de administración o cualquier otro rubro. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 21 de agosto de 1967, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1 de marzo de 1995 y allí cotizó 132 semanas. Se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el 29 de septiembre de 2000. Adujo que el fondo privado no le brindó información suficiente, veraz, clara, eficaz y oportuna que le permitiera tomar una decisión consiente respecto de su futuro pensional; únicamente le indicó que el ISS se acabaría. Refirió que, conforme a proyección pensional realizada por la AFP, su mesada en el RAIS sería de \$1'163.594, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$5'955.277. Finalmente, que las demandadas le negaron la solicitud de traslado (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 25).

Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora, la afiliación al ISS, las semanas cotizadas y la reclamación administrativa. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos. 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 demás declarables oficiosamente. Alegó que la demandante se encuentra incurso en una prohibición legal para retornar a prima media en razón de la edad, además no hizo uso del derecho de retracto y no es beneficiaria del régimen de transición para retornar a RPM en cualquier momento. Sostuvo que la entidad siempre ha actuado de buena fe (expediente digital, archivo 05 fls. 2 a 13).

Por auto de 18 de junio de 2021, se tuvo por no contestada la demanda a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (expediente digital, archivo 07).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de enero de 2022 (expediente digital, archivo 15), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la señora Luz Piedad Echeverry Quinceno (sic) al régimen de ahorro individual con solidaridad, materializado el 1 de noviembre de 2000 a través de Porvenir, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora Luz Piedad Echeverry Quiceno en el régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Luz Piedad Echeverry Quiceno como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y costos cobrados por concepto de administraciones durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento en que se materialice el traslado de los recursos.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora Luz Piedad Echeverry Quinceno al régimen de ahorro individual con solidaridad y una vez ingresen los dineros, a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a favor de la parte demandante, inclúyase en el acto de la liquidación la suma de \$2'000.000 por concepto de agencias en derecho.

SÉPTIMO: CONSULTAR la presente decisión ante la sala laboral del Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, por lo expuesto.

OCTAVO: En cumplimiento de lo ordenado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispone que, por secretaria, se remita copia de esta decisión a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, previo al envío del expediente al superior.

Como sustento de su decisión, señaló que Porvenir no contestó la demanda, no ejerció su derecho de contradicción y no demostró haber cumplido con el deber de información al momento del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada AFP Porvenir S.A. aspira que se revoque la decisión, en tanto no se demostró la configuración de algún vicio del consentimiento en el acto de traslado, el cual se materializó con la suscripción del formulario correspondiente. Preciso que la actora se encuentra incurso en prohibición de retornar a RPM en razón de la edad,

por lo que su traslado ocasionaría la descapitalización del sistema, y comprometería la sostenibilidad del mismo, además atentaría contra y el principio de seguridad financiera en el RAIS. De otra parte, rechazó la devolución de gastos de administración, pues estas sumas fueron descontadas por mandato legal, mantuvieron cubierto a la actora frente a las contingencias de invalidez y muerte con el pago de pólizas a un tercero, compensaron la gestión de la AFP que generó rendimientos en la cuenta individual, los que adicionalmente se ordena retornar. Señaló que estos recursos no integran el capital con el que se financiará la pensión, por ello, son susceptibles de prescribir.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen

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

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

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

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

pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, la actora se afilió al ISS el 1 de marzo de 1995 (expediente digital, archivo 006), migró al RAIS, administrado por la AFP Porvenir S.A. el 29 de

septiembre de 2000, según consta en formulario de vinculación (expediente digital, archivo 01 fls. 29), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, HABIENDO SIDO ASESORADO SOBRE TODOS LOS ASPECTOS DE ESTE, PARTICULARMENTE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, BONOS PENSIONALES Y LAS IMPLICACIONES DE MI DECISIÓN, ASÍ MISMO HE SELECCIONADO A PORVENIR S.A. PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS. IGUALMENTE DECLARO QUE HE SIDO INFORMADO DEL DERECHO QUE ME ASISTE DE RETRACTARME DENTRO DE LOS CINCO (5) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A LA FECHA DE LA PRESENTE SOLICITUD.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante narró que es administradora financiera, para el momento del traslado en su lugar de trabajo fue abordada por un asesor del fondo quien le entregó publicidad y le manifestó que el ISS se iba a acabar y que en Porvenir se podría pensionar con una mayor mesada. Manifestó que a lo largo de su vida laboral ha tenido 3 empleadores. Adujo que no solicitó antes el traslado a Colpensiones porque confiaba que Porvenir era mejor opción. Refirió que no se ha acercado a Colpensiones a solicitar información sobre su situación pensional. Adujo que en la actualidad conoce los requisitos para pensionarse en Colpensiones y en el fondo privado, también que tiene conocimiento de que es una cuenta de ahorro individual y que es la rentabilidad porque en una reunión un compañero de trabajo le explicó y le dijo que no era cierto que en el RAIS obtendría una mayor mesada.

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 susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, por ello, la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia pero de la afiliación, 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.

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

Por tanto, la susodicha administradora deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-

2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será confirmada en esta parte y adicionada en el sentido de disponer 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).

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de enero de 2022, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia analizada en el sentido de disponer que al momento de cumplirse la orden allí consignada 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.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

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 18 2019 00713 01.
DEMANDANTE: ROBERTO CÁRDENAS NIETO.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de enero de 2021.

ANTECEDENTES

El accionante convocó a juicio a Colpensiones para que sea condenada a reliquidar la pensión de vejez a partir del 1 de diciembre de 2018. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. A pagarle el retroactivo pensional causado a partir del 1 de octubre de 2007, fecha en que efectuó la última cotización al sistema de pensiones. Así mismo a pagarle intereses moratorios, indexación, los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que solicitó el reconocimiento y pago de la pensión el 30 de marzo de 2007, en respuesta, el Instituto de Seguros Sociales, reconoció la prestación mediante Resolución n.º 056099 del 30 de marzo de 2007, a partir del 1 de diciembre de 2008, en cuantía inicial de \$1.922.143. Adujo que no le fue

reconocido el retroactivo causado desde el momento en que dejó de cotizar, esto es, el 1 de octubre de 2007. Refirió que en cumplimiento de sentencia judicial, por Acto Administrativo GNR 183403 del 21 de junio de 2016, le fue reconocido incremento por cónyuge a cargo. Luego, la entidad mediante Resolución SUB 16746 del 22 de enero de 2019, reliquidó la mesada pensional a partir del 14 de diciembre de 2015 en cuantía de \$2.455.412, inconforme interpuso recurso de apelación, el que fue resuelto mediante Resolución SUB 63597 del 14 de marzo de 2019, rechazó por extemporáneo el recurso (fls. 2 a 13).

Al dar respuesta, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió que reconoció pensión de vejez al demandante y el contenido de las resoluciones proferidas. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos del sistema general de pensiones y las demás declarables oficiosamente (fls. 67 a 70).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de enero de 2021, absolvió a la demandada, declaró probada la excepción de prescripción y gravó a la parte demandante con las costas del proceso (fls. 74 y 75).

Como sustento de su decisión, definió realizadas las operaciones correspondientes que la entidad para liquidar la prestación tomó un ingreso base de liquidación superior al que estableció el juzgado, por tanto en aplicación del principio de favorabilidad lo respectó y estableció que no hay lugar a reliquidar la mesada pensional. Señaló que aunque el accionante tendría derecho al reconocimiento y pago de las mesadas causadas a partir del día siguiente al de desafiliación del sistema, sobre dichas mesadas ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante solicitó revocar la decisión únicamente en cuanto le impuso la carga de pagar las costas del proceso, en razón a que inicialmente tenía derecho al pago del retroactivo pensional causado desde octubre de 2007; no obstante, el Juzgado definió que este prescribió.

CONSIDERACIONES

Es verdad probada que el instituto de Seguros Sociales reconoció al accionante pensión de vejez mediante Resolución n.º 056099 del 27 de noviembre de 2008 (fl 15), la que fue reliquidada por Acto Administrativo SUB 16746 del 22 de enero de 2019, en cuantía inicial de \$2.455.412 al amparo del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por Decreto 758 de la misma anualidad (fl. 26)

Conforme a lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, corresponde a la Sala determinar si el demandante debe pagar las costas del proceso.

Sobre el particular, dispone el artículo 365 del Código General del Proceso:

ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

(...)

Como se ve la norma dispone que se condenara en costas a la parte vencida en juicio, por lo que no hay razón alguna para absolver al

demandante por este concepto, como quiera que ninguna de las pretensiones relacionadas en el escrito introductorio y salió avante, por tanto no hay razón para revocar la orden del *a quo*.

No se causan costas en la instancia.

DECISIÓN

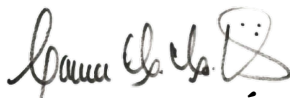
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de enero de 2021 por el Juzgado Dieciocho 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

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada