



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-039-2019-00766-01. Proceso Ordinario de Luis Alberto Espinosa Hernández contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, el 30 de septiembre de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió



con motivo de su afiliación, activar la afiliación en el RPM y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 1° de febrero de 1960, iniciando su cotización en el ISS a partir del 2 de julio de 1979, por lo que al 1° de abril de 1994 contaba con 34 años de edad; que fue persuadido para trasladarse a la AFP Protección en el mes de julio de 1999, sin embargo, no le fue informado sobre las consecuencias, ventajas y desventajas de su afiliación en el RAIS, la disminución de la mesada pensional en casi el 70%, respecto de la que le podía corresponder en el ISS, así como que no se le indicó el capital que debería obtener para su derecho pensional, lo concerniente con el tema de capitalización, pese a que la administradora de pensiones tenía conocimiento acerca de la semanas cotizadas, el promedio salarial sobre el que se efectuaban cotizaciones; que el actor cuenta con 957.14 semanas cotizadas y cumplió 62 años de edad el 1° de febrero de 2022; que elevó solicitud de nulidad y activación de su afiliación ante Colpensiones.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a Protección S.A. y ordenó trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración debidamente indexados y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado, teniéndolo como válidamente afiliado al RPM, sin solución de continuidad. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que el actor pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al



régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.

El apoderado de Protección S.A. interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida en el sentido de condenar a la demandada a devolver los gastos de administración, teniendo en cuenta que la deducción se realizó pro disposiciones legales validas, exequibles y vigentes contenida en el art 20 de la ley 100 de 1993, comisiones causadas y pagadas por la administración de la cuenta de ahorro del demandante, el que se hizo por imperio de la Ley y de buena fe por la demandada, pues la cuenta se administró de forma correcta y oportuna, generando unos rendimientos, lo que hizo que el patrimonio del accionante aumentó de forma ostensible, por lo que es justo que la encartada no proceda con la devolución de los gastos de administración, en el entendido que la pasiva puso a disposición todo su conocimiento técnico y experticia. Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado, se retrotraen todas las actuaciones a su estado inicial, pero hay realidades que superan las situaciones específicas en los actos de relacionamiento, como que pese a la declaratoria de ineficacia, existe la cuenta de ahorro individual, que fue administrada en forma correcta y que no permite la devolución de unos gastos y el traslado de los mismos a Colpensiones, pese a que dicha entidad nunca ha realizado la gestión, sin que se pueda desconocer tal hecho, advirtiendo que incluso los rendimientos superan el capital en un 100%, por lo que al hablarse de dicha rentabilidad, se acredita la debida administración, más aún, que al devolver los gastos de manera indexada de su propio patrimonio, se genera de forma directa un detrimento patrimonial, pues los rendimientos superan los depósitos realizados por el demandante y se considera un enriquecimiento sin



causa en cabeza del actor y de la entidad pública, pues los recursos en el RPM no se hubieren generado. De igual forma, al ordenarse el traslado de todos los gastos, corresponde un porcentaje para el fondo de garantía de pensión mínima, pues el dinero se recaudó de buena fe y es porcentaje que se otorga y la entidad debió ser vinculada a este proceso, pues se afecta con la devolución de los gastos de administración, aunado, a que en todo caso se debe estudiar la prescriptibilidad de dicho concepto, que no hace parte de la cotización, sino que son porcentajes descontados por la administración de la cuenta de ahorro individual, pero no son dineros consignados de forma específica, máxime, si hoy la entidad administra las cuentas de ahorro individual.

Por su parte, la apoderada de Colpensiones solicitó se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelvan de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha estimado que se debe estudiar el caso particular y difieren en el presente asunto, pues el demandante no es beneficiario de régimen de transición, ni tenía expectativa legítima, además, que no se acreditaron los vicios del consentimiento de los artículos 1508, 1509 y 1510 del Código Civil para declarar la nulidad, aclarando que la afiliación fue libre, voluntaria y sin presiones, la que se ratifica con la firma de formulario de afiliación, debiéndose aplicar lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P., pues se considera que no hay lugar a la concesión de la pensión de vejez, pues no sabe la realidad pensional del actor y en caso de confirmarse la decisión, se debe garantizar la devolución de la totalidad de la cotización, es recursos de cuenta de ahorro individual, cuotas de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración y que no sea permitido a Protección descontar cualquier porcentaje de los seguros de invalidez y muerte y se ordene de igual manera, la indexación de los valores trasladados, sin que se impongan costas, en el entendido que Colpensiones es un tercero ajeno a la afiliación realizada a la AFP.



GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.



Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹, posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que

¹ “(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)”.

“...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...” (Subrayado de la Sala).



se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adocrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., a



efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., quien tiene el deber de devolver al



sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por el actor, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación del demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado.

Ahora bien, si Colpensiones evidencia que existe alguna suma dejada de trasladar por parte de la administradora privada, debe advertirse que la Administradora Colombiana de Pensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación del actor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, sin que ello pueda generar un detrimento patrimonial en cabeza de la AFP o un enriquecimiento sin justa causa en cabeza del actor o de la Administradora Colombiana de Pensiones, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien debería proceder con el cobro de dichos emolumentos y no la administradora privada. Situación que es semejante



frente al porcentaje de fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, pues si bien los mismos ya se causaron y se procedió con el pago respectivo, ello no implica perjuicio alguno en cabeza de terceras personas, pues la administradora de pensiones privada debe responder con su patrimonio, pues fue la persona jurídica que causó el perjuicio ante la falta al deber de información.

Finalmente, no es posible acoger el dicho de la encartada Colpensiones referente con que no se acreditaron los vicios del consentimiento, contenidos en los artículos 1508, 1509 y 1510 del Código Civil, teniendo en cuenta que conforme como lo ha establecido la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no se requiere acreditar tales vicios del consentimiento, sino tan solo la falta al deber de información por parte de la administradora privada, presupuesto que fue acreditado en las presentes diligencias. No obstante, no se impondrá condena en costas contra Colpensiones en esta instancia, teniendo en cuenta que tal como lo adujo su apoderada, dicha entidad no intervino en el acto o contrato de afiliación con la administradora privada, por lo que no se puede imponer condena a la misma.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias estarán a cargo únicamente de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO.**



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-039-2019-00766-01. Proceso Ordinario Luis Alberto Espinosa Hernández contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. COSTAS** de ambas instancias cargo únicamente de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte., de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., nueve (09) de diciembre de dos mil veintiunos (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-00-131-05 030 2019 00710 01 Proceso Ordinario Apelación de sentencia Fanny Vidal Jara contra Administradora Colombiana de Colpensiones y Otra.
--

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, el día de octubre de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad / ineficacia del formulario de afiliación al RAIS con la AFP Horizonte; se condene a la AFP Porvenir S.A. a realizar los trámites administrativos a que haya lugar a efectos de regularizar su situación frente a la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, así

como a trasladar a Colpensiones las cotizaciones y rendimientos financieros de su cuenta de ahorro individual, y a Colpensiones a aceptar la re-afiliación, así como a recibir todas las cotizaciones y rendimientos de su cuenta de ahorro individual, y reconocerle la pensión de vejez.

Como sustento de sus pretensiones, expresó en esencia, que nació el 1° de mayo de 1960 y estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el 31 de diciembre de 1979 y también a Caprecundi desde el 1° de enero de 1994 hasta el 11 de julio de 1995.

Señaló que se afilió al régimen de ahorro individual el 22 de noviembre de 1997, cuando se encontraba afiliada al Instituto de Seguros Sociales, contando para ese momento con 41 años y 813 semanas de cotización.

Afirmó que para el año 2009 solicitó su traslado al régimen de prima media con prestación definida diligenciando el formulario de afiliación al ISS, sin embargo dicha entidad mediante escrito de fecha 21 de abril de 2009 le indicó que realizaría las consultas para analizar el caso; y que la AFP Horizonte le indicó que había suscrito formulario de afiliación al ISS, sin cumplir con el requisito de tiempo mínimo de permanencia que exige la ley.

Indicó que solicitó copia del formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A., así como información sobre su afiliación y situación pensional al Hospital San Vicente de Paul de San Juan Rioseco; y que de acuerdo con la copia que se le suministró, la información que reposa tanto la entidad empleadora como en la AFP Porvenir, presenta inconsistencias y adulteraciones.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Sociedad Administradora de Fondos de



Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.¹ Adujo al efecto que dentro del expediente no obra prueba de que se haya hecho incurrir en error o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia del derecho para regresar el régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la causal, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, el *aquo* declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Inconforme con la determinación el apoderado de la AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce el recurrente que para la época en que la demandante efectuó el traslado al régimen de ahorro individual su representada cumplió con todas y cada una de las obligaciones previstas para ese momento, como lo era el brindar una información completa, veraz y oportuna de manera verbal y que por esa razón no existen pruebas documentales que permitan acreditar que los asesores, sí realizaron dicha asesoría, a pesar de que sí se cumplió con tal obligación.

Aduce que no puede perderse de vista que la demandante no solo suscribió un formulario de afiliación, sino que adicionalmente suscribió un formulario de aportes voluntarios y además permaneció afiliada al RAIS por más de 20

¹ Cfr fls 120 a 138.

años; lo que a su juicio demuestra que era su voluntad permanecer afiliada a dicho régimen.

En relación con los gastos de administración, señala que es importante hacer claridad de que los mismos tienen una asignación legal específica la cual se cumplió a cabalidad por su representada, como lo era la utilización de los gastos de administración para generar unos rendimientos de la demandante, los que afirma tienen una rentabilidad mínima pero que en algunas oportunidades es muy superior.

Sostiene en este último sentido que su representada ya hizo uso de los gastos de administración en favor de la demandante, obteniendo un provecho a su favor; y que por esa razón ordenar su devolución, constituye un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante, en la medida que con la devolución de los aportes también se están devolviendo los rendimientos gracias al uso de esos gastos de administración.

Finalmente, en relación con la condena en costas, aduce que su representada actuó de buena fe y que para la época en que se presentó el traslado cumplió con todas y cada una de las obligaciones en su cabeza, y que por dicha razón la condena por ese concepto no es procedente o en su defecto se determinó una suma demasiado alta,

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que contrario a lo que plantean las recurrentes, la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación de los Fondos de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse, de allí que no sean de recibo los planteamientos expuestos por los recurrentes.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga², posición que fue

² “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

“Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional; de igual forma es importante recalcar que en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado;

y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "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 la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional. "

esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En tal sentido, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Horizonte, hoy Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento del traslado debió dar a conocer a la demandante las posibilidades del futuro de su derecho pensional, exponiéndole en todo caso de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

Pues, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de

informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva; y que contrario a lo que plantea el recurrente no es dable tener por saneadas por circunstancias accidentales que se presentan con posterioridad a tal acto, como la permanencia del afiliado en el régimen de ahorro individual, o la cotización de aportes voluntarios.

No desconoce la Sala que tal como lo ha reconocido la máxima Corporación de Justicia Laboral, el cumplimiento obligaciones que se han impuesto a las administradoras de fondos de pensiones ha tenido diversas etapas; sin embargo, la obligación de suministrar la información clara, comprensible y oportuna se desprende de lo que al efecto estableció el Decreto 663 de 1993, norma vigente para el momento de la afiliación de la demandante.

Sentado lo anterior, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación de Justicia Laboral adocrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación efectuada a la AFP Horizonte, hoy Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y como consecuencia de ello las afiliaciones que se realizaron con posterioridad, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.



Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir adelante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que como a la fecha la demandante Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS; y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, tal como lo determinó la servidora judicial de primer grado

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si siempre hubiere

permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, *“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social”* lo que de contera permite al afiliado conservar los rendimientos causados.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Finalmente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., ningún reparo merece a la Sala la determinación que adoptó el servidor judicial de primer grado en relación con la condena en costas en contra de la AFP Porvenir S.A., dado el resultado adverso de la decisión para esta entidad.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia, en tanto que el conocimiento del asunto también se asumió en el grado jurisdiccional de consulta.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

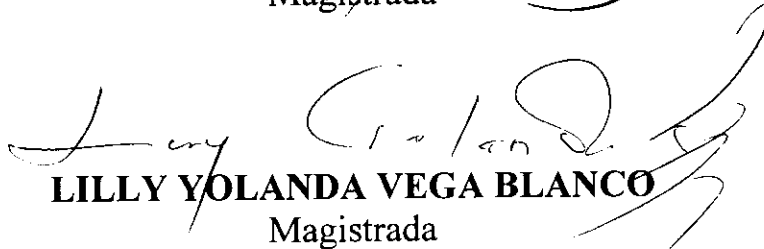
PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR lo demás la decisión de primer grado.

TERCERO.- COSTAS. Sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *segun voto parcial*

400



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-001-31-05-015-2017-00694-01. Proceso Ordinario de Héctor Julio Barrera contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 de enero de 2021.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por ser beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 0149 de 1990, a partir del 6 de septiembre de 2013, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90%, junto con los

interese moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las condenas impuestas y las costas del proceso.

Tuvo como fundamento de su demanda, que se afilió al ISS e 28 de mayo de 1981 su condición de trabajador de la empresa Condisa S.A., trasladándose a Porvenir Pensiones y Cesantías el 18 de enero de 1995, regresando al RPM el 31 de julio de 1998; que presentó solicitud para el reconocimiento del derecho pensional el 15 de julio de 2013, la que fue negada por parte de Colpensiones mediante resolución GNR 228204 de 2013, no obstante en el acto administrativo se desconocen las semanas laboradas para Codinsa S.A. por 75.29, para Murillo Lobo Guerrero Ingenieros por un total de 76.79 semanas las que se encuentran en mora, pese a que se recibió el pago por parte del RAIS, de lo que se advierte que no se contabilizaron 152.08 semanas; que contra la anterior decisión se interpuso recurso de reposición, el que fue confirmado mediante resolución GNR 48062 de 2014; que elevó solicitud de nuevo estudio del derecho pensional el 5 de agosto de 2016, la que fue negada mediante resolución GNR 270341 de 2016, en la que tuvo en cuenta un total de 1174 semanas, de las que no se contabilizaron 169.67 semanas, sin embargo, en el acto administrativo se indica que el actor no cuenta con las 750 semanas a la expedición del acto legislativo 01 de 2005, pues solo cotizó 678 semanas, sin embargo de tenerse en cuenta la semanas ya referidas, tendría un total de 830.08 semanas; que el actor nació el 1º de diciembre de 1951, cumpliendo 60 años de edad el mismo día y mes del año 2011, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 42 años y 4 meses; que al cumplimiento de los 60 años el actor había cotizado un total de 1082.90 semanas.

El aquo absolvió a la encartada de todas y cada una de las súplicas incoadas en contra de la demandada, por cuanto si bien en principio el



actor fue beneficiario del régimen de transición, también lo era, que de conformidad con la densidad de semanas cotizadas, el mismo no podía extender hasta el año 2014, por cuanto cotizó un total de 652 semanas al momento en que se expidió el A.L. 01 de 2005, por lo que no era procedente el reconocimiento de la pensión de vejez, ni de las pretensiones consecuenciales, advirtiéndose, que si bien se computan la semanas trasladadas por partes de la Porvenir S.A., dicha situación no ocurría respecto de las cotizaciones reclamadas respecto del empleador Codinsa S.A., pues no existía medio de prueba alguno que acreditara la prestación personal del servicio.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se accedan a las súplicas de la demanda. El fundamento de su controversia se circunscribe en que no es cierto como lo indicó el Juez que no existe medio de prueba respecto de las cotizaciones efectuadas por Codinsa S.A., pues a folios 30 a 33 se allegó historia laboral en la que consta que el empleador realizó cotizaciones por un total de 75.29 semanas, prueba que no fue tachada de sospechosa o falsedad por parte de la demandada, situación que se reafirma con el expediente administrativo aportado por Colpensiones, así como del auto de fecha 30 de octubre de 2020, mediante el cual se indicó que en efecto la empresa Codinsa S.A., realizó los aportes correspondientes y por tanto no era necesario continuar con el trámite de notificación de dicha sociedad, de lo que se puede concluir la prestación del servicio para la compañía en las obras de cementos paz del río y en la electrificadora de mesitas del colegio de muña. Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que en la resolución GNR 270341 de 2016, se manifestó que el actor cotizó un total 678 semanas al 25 de julio de 2005 y al tenerse en cuenta las semanas no computadas de 85.8 y que fueron tenidas en cuenta por el



aquo, arrojaría un total de 763.8, no obstante, al incluirse las semanas cotizadas por parte de Codinsa S.A., se obtendría 830 semanas a la expedición del A.L. 01 de 2005 y por tanto sería beneficiario del régimen de transición, siendo procedente el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta que la parte demandante peticiona el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar si efectivamente, el actor es beneficiario del régimen de transición, sin que se haga necesario efectuar un pronunciamiento mayor referente al traslado que efectuó el actor, pues dicha calidad no ha sido refutada por Colpensiones ni en su contestación, ni en los actos administrativos que han negado el derecho pensional, así como fue controvertido por parte de Porvenir S.A.

En ese sentido, cumple recordar que la Ley 100 de 1993, estableció en su artículo 36 un beneficio, en virtud del cual, los afiliados del régimen de prima media, que al momento de su entrada en vigencia estuvieran próximos a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pudieran pensionarse de conformidad con el régimen anterior al cual se encuentran afiliados, por resultarles más favorable. De manera que para ser beneficiario de dicho régimen y así quedar exento de la aplicación de la Ley 100 de 1993 en lo referente a la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de vejez, se requiere cumplir de manera disyuntiva



el requisito de edad <<40 años para el caso de los hombres>> o el de tiempo de servicios cotizados <<15 años de servicios o cotizaciones>>.

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que el régimen de transición estaría vigente hasta el 31 de julio de 2010, a efectos de proteger las expectativas legítimas de quienes estuvieran próximos a pensionarse. Sin embargo, estableció que quienes cumplieran con los requisitos para beneficiarse del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y que al momento de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005), tuvieran cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, tendrían derecho a beneficiarse de dicho régimen hasta el año 2014. Por esta razón, si quien reclama el reconocimiento pensional se encuentra cobijado por el régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, en primer lugar debe demostrar que alcanzó el derecho pensional al 31 de julio de 2010, sino lo logra acreditar para esa fecha, le queda la opción de haber efectuado cotizaciones por 750 semanas o más para el momento en que el referido Acto Legislativo entró a regir, es decir, hasta el 25 de julio de 2005, con el fin de que la protección se le extienda hasta el año 2014 y, si finalmente no logra demostrar que la prestación pensional la alcanzó en esa última data, el derecho se debe estudiar con el régimen legal contenido en la Ley 797 de 2003.

En el asunto, acorde con el registro civil y la fotocopia de la cédula de ciudadanía que reposa a folios 68 y 69 del plenario, se puede establecer que el demandante, al 1° de abril de 1994, tenía cumplidos 42 años de edad, por lo que puede decirse que el señor Héctor Julio Barrera, por la edad es beneficiario del régimen de transición.



En ese orden de ideas, como el actor es beneficiario del aludido régimen transicional, la Sala debe señalar que el régimen pensional, en lo relativo a la contingencia de vejez, que se encontraba vigente antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para quienes durante toda su vida laboral estuvieron afiliados, y cotizaron para el efecto, al Instituto de Seguros Sociales, es el contenido en el Decreto 758 de 1990.

El artículo 12 del Decreto en cita establece que tienen derecho a la pensión de vejez quienes llegaren a la edad de sesenta (60) años si son hombres, o cincuenta y cinco años (55) si son mujeres y; hubieren efectuado al menos cotizaciones equivalentes a quinientas (500) semanas en los veinte (20) años previos al cumplimiento de la edad requerida, o mil (1.000) semanas de cotización en cualquier tiempo.

En el caso bajo estudio, encuentra la Sala que el accionante cumple con el requisito de edad para consolidar el derecho a la pensión, como quiera que la norma exige para ese efecto, sesenta (60) años de edad o más; sin embargo, la edad de 60 años, la acreditó con posterioridad al 31 de julio de 2010, exactamente el 1º de diciembre de 2011, por lo que hay lugar al estudio del régimen de transición con la limitante impuesta por el Acto Legislativo 01 de 2005.

En ese orden de ideas, se procederá con el estudio de las 750 semanas fijadas por el A.L. 01 de 2005, advirtiéndose desde ya que el actor no acredita la densidad de semanas establecidas en la norma en mención, pues tan sólo acredita un total de 743.19 semanas cotizadas al 29 de julio de 2005, cotizaciones dentro de las cuales se deben computar las reclamadas respecto del empleador Murillo Lobo Guerrero Ingenieros tanto las que se refieren como *"PAGO RECIBIDO DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL POR TRASLADO"*, así como las denominadas



como *"DEUDA PRESUNTA, PAGO APLICADO DE PERIODOS POSTEIRORES"*, que no han sido debidamente computadas en la historia laboral del actor y que ascienden a 77.71 semanas, sin importar que en efecto los mismos se encuentren en mora por parte del empleador, pues deben ser tenidos en cuenta dichas cotizaciones, las que en todo caso si fueron debidamente canceladas en su momento por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías porvenir S.A.

No deja de advertir la Sala, que se debe avalar por el fallador tanto de primer grado, como de segunda instancia el cómputo de las semanas en mora, toda vez, que a partir de la sentencia del 22 de julio de 2008, radicado 34270 de la CSJ, dicha Corporación fijó la tesis según la cual, las administradoras de pensiones públicas o privadas, no solo deben propender por su crecimiento financiero sino que también deben velar por la efectividad de los derechos de sus afiliados, en razón a la naturaleza del servicio prestado cual es de índole pública, más concretamente, en aquellos casos en los que la mora del empleador, en el pago de los aportes a la seguridad social, afecta los derechos de sus trabajadores o los beneficiarios de aquel, por cuanto el afiliado no puede soportar los efectos negativos de la negligencia de su patrono, máxime cuando aquel no cuenta con las herramientas jurídicas que en virtud del artículo 24 de la Ley 100 de 1993 fueron atribuidas a las administradoras del sistema de seguridad social, como lo es el cobro coactivo; de suerte que si éstas no demuestran el cumplimiento de dicha obligación, corren con el riesgo de asumir el reconocimiento de la prestación sumando las cotizaciones que se generaron por la sola prestación del servicio por parte del trabajador.



De igual forma, se tuvieron en cuenta las semanas reportadas y cotizadas por parte del ex empleador Condisa S.A., del 29 de mayo al 31 de diciembre de 1981 y del 27 de junio de 1983 al 1° de mayo de 1994, pues contrario a lo establecido por el fallador de primer grado y tal como lo manifestó el apoderado del actor en su recurso de apelación, en la historia laboral que reposa a folio 30 a 33 del plenario, se encuentran tales cotizaciones en favor del actor, que reflejan un total de 75.29 semanas, situación que se reafirma con el expediente administrativo aportado por la demandada y de cuyo contenido se pueden extraer las historias laborales tradicionales en especial las referidas a los archivos denominados como HL-2012_16406-13491904855404 y HL-2012_1135460-1354349337794, por lo que existe certeza respecto de los pagos efectuados en favor del demandante, situación que conlleva a tenerlos en cuenta en la historia laboral.

No obstante lo anterior, como ya se dijo, el actor no acredita las 750 semanas cotizadas al 29 de julio de 2005, ya que se demostró un total de 743.19, lo que hace imposible extender el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, por lo que no es posible el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, fundamentos por los cuales se ha de confirmar la decisión de primer grado.

Ahora bien, se debe precisar que tal como lo reseñó el aquo, el actor en el momento acredita tanto la edad, como la densidad de semanas necesarias para que se otorgue el reconocimiento de la pensión de vejez, conforme con la Ley 797 de 2003, pues si se tienen en cuenta las semanas reportadas en la historia laboral de 2018, más las 153 que deben ser computadas en la misma, arrojarían un total de 1.399,86 semanas en su historia laboral, no obstante, no se puede efectuar pronunciamiento

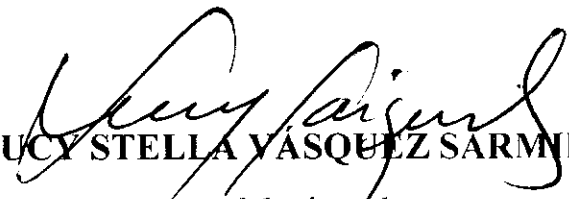


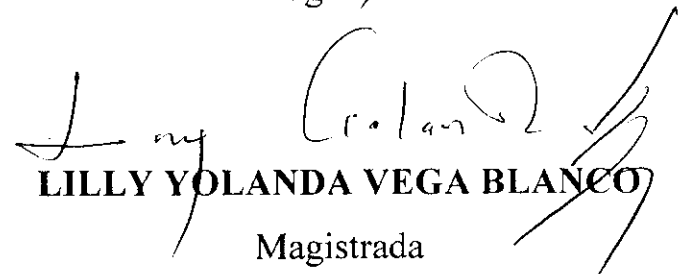
alguno referente a la concesión del derecho pensional por dicha normatividad, pues el fallador de primer grado no estudió la prestación y la parte interesada no efectuó manifestación alguna mediante recurso de apelación, respecto de tal consideración.

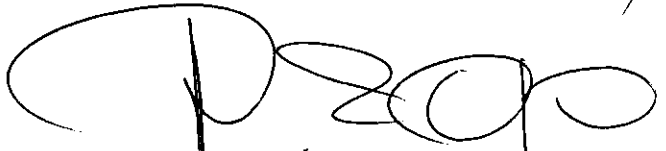
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primer grado quedan a cargo de la parte actora y sin ellas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS.** Las de primera instancia estarán a cargo de la parte actora y sin ellas en esta instancia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110013105 036 2017 00082 01. Proceso Ordinario de Holmes Orlando Rodríguez Segura contra Banco de Bogotá S.A. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA:

HOLMES ORLANDO RODRÍGUEZ SEGURA convocó a BANCO DE BOGOTÁ S. A., para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, indemnización por despido, perjuicio por daño moral y costas procesales.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:

Laboró para la convocada desde el 3 de julio de 2001 hasta el 12 de agosto de 2016, cuando fue despedido, desempeñando como último cargo jefe de sección, con salario mensual de \$5.981.400.

El 2 de agosto de 2016 se le notificó apertura de proceso disciplinario, citado a descargos por presuntos incumplimientos a las obligaciones laborales por inconsistencias en solicitud de 14 servicios de taxi entre febrero y junio de 2016 con cargo al Banco a través de la aplicación Tappsi, hecho que se relaciona con una larga lista de manuales y reglamentos solo se describe la violación de una sola norma de manera específica y que hace referencia al Manual de Administración Financiera “Titulo VII – Pago a Proveedores – caja menor y reintegro de gastos a empleados...”.

El 8 de agosto de 2016 rindió diligencia de descargos ante Javier Peña Ramírez, Gerente de Sistemas y Lucia Lozada Díaz, Jefe de Personal, en la cual se evidencia que el Banco no tenía política, manual o cualquier directriz que definiera los parámetros o prohibiciones de manera clara y específica para el uso de taxi por medio de aplicación a los funcionarios previamente autorizados.

El 12 de agosto de 2016 recibe notificación de terminación unilateral del contrato por incumplimiento de obligaciones y procedimientos del Banco, el 17 de agosto solicita revisión de la decisión, la cual es confirmanda. El 20 de julio de 2016, el gerente expidió política e informó reglamentación de asignación de taxis, que para la fecha de los hechos no existía.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 18 de octubre de 2017. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de



apoderado procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; frente a los hechos aceptó unos y otros no; propuso las excepciones mérito de cobro de lo no debido, pago, buena fe, compensación, prescripción y cumplimiento de normas.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 30 de enero de 2020, ABSOLVIENDO a la demandada e impuso costas a cargo de la activa.

Inconforme con la decisión el apoderado de la activa interpuso recurso de apelación, el cual le fue concedido.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Sostuvo el impugnante error de valoración probatoria ya que la conducta endilgada al empleado no enmarca en ningún reglamento o manual de la entidad que no acreditó, lo cual es violatorio del debido proceso y del precedente judicial, ya que la conducta se debe adecuar a una violación específica, lo que no ocurrió en el presente caso toda vez que el contrato terminó por causales o motivos que no fue objeto de llamado a descargos, no obstante el Aquo da por cierto sin hacer la debida valoración de la carta de terminación y tomando elementos de costumbre que no están señalados ni en la norma ni los reglamentos.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-



procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo ya que no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

Acorde con lo normado en el parágrafo del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 que modificó los artículos 62 y 63 y sustituyó el artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo, la calificación de terminación del contrato de trabajo se realiza sobre las razones invocadas como justificativas al momento de su ruptura, considerando que son las que resultan legítimas para determinar la configuración de las justas causas previstas en el ordenamiento positivo del trabajo a favor de las partes, ya que posteriormente no podrán alegar válidamente situaciones diferentes, en desarrollo del principio de lealtad y buena fe que rigen las relaciones labores, siendo este el alcance que el Máximo juez del trabajo en reiterada y pacífica jurisprudencia ha desarrollado frente al tema, en la medida que son los hechos, causas o situaciones invocados los que definen su justeza, no las normativas regladas, que describen situaciones abstractas en las que encajan muchas situaciones particulares y concretas previstas en el mismo ordenamiento positivo del trabajo, de tal suerte que bajo esa orientación, lo que interesa es la identificación clara, precisa y detallada de los supuestos de hecho que motivan la justeza de finiquito del vínculo, y no las normativas que se indiquen o se omitan, por esa razón, contrario a lo afirmado por el impugnante, no son las normas que se consideren quebrantadas las que se deben indicar en la comunicación de retiro, sino, se itera, los hechos o causas claramente definidos.

En ese hilo, en la comunicación de finiquito, la empleadora adujo para su determinación que, el trabajador incumplió sus obligaciones al utilizar el servicio público de taxis con cargo a la entidad a través de la aplicación tappsi, para situaciones o eventos no relacionados con sus funciones,



describiendo para tales efectos a detalle, la utilización del referido servicio en días de descanso (sábados y domingos), simultáneamente desde un mismo sitio de origen con diferentes destinos, en horario no laborable y destinos diferentes al banco, y cuando se encontraba en periodo de vacaciones.

Desde la diligencia de descargos practicada al expleado, se concluye sin asomo de duda como lo estimó el aquo, la acreditación de la falta invocada en la carta de despido, refrendada con las probanzas incorporadas a la causa, las cuales valoradas conjuntamente bajo el principio de su sana crítica, como lo exige el ordenamiento procesal legal vigente, permiten concluir sin reparo, que, la falta endilgada al empleado en la carta de desvinculación, constituye un incumplimiento a sus obligaciones con la connotación de trascendencia prevista en la ley para catalogarla contraria a las obligaciones especiales del trabajador y legitimar a la empleadora invocarla como justa causa de despido, ya que pese al pleno conocimiento del empleado, las razones o motivos que adujo para su exculpación, no logró acreditarlos ni resultan atendibles para enervarlos, siendo su carga procesal, derruir la existencia del hecho invocado y demostrado, como las razones de su justeza que logró acreditar la empleadora con su propia versión desde la diligencia de descargos.

En ese derrotero no le asiste razón al impugnante en su discurso para derruir la sentencia impugnada, considerando que el hecho motivante de la ruptura del vínculo plasmado en la comunicación entregada con ese fin, fue acreditado y adquiere la trascendencia de justeza con tal propósito, aspectos que no delibera el impugnante, sino bajo apreciaciones diferentes pretende restarle eficacia, sin lograrlo, ya que, i) si bien en la comunicación de retiro se hace mención a una situación que no se consignó en la citación a descargos <<traslado del portátil del trabajo a la residencia>>, lo cierto es que esa situación surgió de lo expresado por el empleado en esa diligencia



pretendiendo justificar la utilización indebida de servicio público de taxis con cargo a la entidad a través de la aplicación tappsi, la cual estaba destinada para actividades estrictamente laborales, que como se dilucidó, constituyó la verdadera y única causa de fenecimiento del vínculo; ii) tampoco le asiste razón al impugnante cuando aduce error de apreciación y valoración probatoria, respecto a la consideración de la costumbre a que hace mención el aquo sobre el manejo del servicio de taxi asignado y no utilizado pudiendo ser utilizado para servicios personales, considerando que se trata de otra manifestación del empleado en la diligencia de descargos, con el fin de enervar la falta atribuida, sin que existe prueba que lo ateste cuando era su carga probatoria hacerlo; y, iii) atribuye esas situaciones violatorias de debido proceso, por el hecho de no haberse indicado en la citación a descargos, cuando como se consignó fueron razones de exculpación del empleado para enervar la falta incriminada, sin que dentro de esa diligencia ni dentro de la presente fuesen demostradas, advirtiendo además, que para la data de los acontecimientos, el proceso disciplinario por previsión legal única y exclusivamente se encuentra regulado para la imposición de sanciones disciplinarias, dentro de las cuales no enmarca la decisión de terminación del contrato, sujeta a la comprobación de la falta dentro de las justas causas regladas en el ordenamiento positivo del trabajo, salvo las excepciones que la misma normativa legal dispone frente a ciertas causales o que por previsión extralegal las partes hubiesen convenido dicho trámite disciplinario y las consecuencias de su inobservancia, evento que no se aviene al interior de la causa, pues no fue objeto de solicitud pronunciamiento al respecto, pero de todas formas y lo más importante para lo que interesa al asunto, se demostró la falta y justeza de acuerdo con el ordenamiento sustantivo del trabajo, de tal suerte que los reparos de alzada no logran derruir la decisión del juzgado.

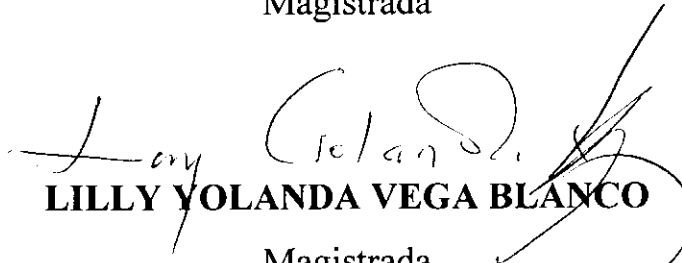


DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia. Costas de instancia a cargo de la activa, inclúyase la suma de \$100.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Esta sentencia se notificará por Edicto.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 1100131050-005-2016-00289-01. Proceso Ordinario de Edgar Eulices González Álvarez contra Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR ISS y otros (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 de octubre de 2018.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto y en el acta se deja una reseña de los antecedentes.

ANTECEDENTES

Solicita el demandante mediante el trámite del proceso ordinario laboral, que previa declaración de que estuvo vinculado con el extinto Instituto de Seguro Social mediante un contrato de trabajo entre el 4 de agosto de 2010 y el 30 de noviembre de 2012 y que en esta fecha fue despedido de forma



unilateral e injustificada; se condene a las demandadas al reconocimiento y pago de la indemnización por despido injustificado de orden legal o convencional, así como las cesantías la indemnización moratoria, las vacaciones, las primas de navidad de orden legal, las primas extralegales de vacaciones y de servicios, los intereses sobre las cesantías, la prima técnica, la nivelación salarial con los Auxiliares Administrativos, el incremento salarial para los trabajadores oficiales, al pago de los aportes que le correspondía efectuar al sistema de seguridad social y que canceló de su propio patrimonio, y la indexación de las sumas adeudadas.

Como sustento de las pretensiones adujo básicamente que prestó servicios personales para el Instituto de Seguros Sociales entre el 4 de agosto de 2010 y el 30 de noviembre de 2012, cumpliendo funciones propias de Abogado en el Departamento de Historia Laboral de la Seccional Cundinamarca, a través de la suscripción de sucesivos contratos que denominaron de prestación de servicios.

Indicó que se le exigía prestar el servicio en las instalaciones de la entidad, en cumplimiento de un horario y de las órdenes que le impartía los directores, jefes y coordinadores de los diferentes departamentos en los que estuvo adscrito.

Agregó que en el Instituto de Seguros Sociales existía personal vinculado mediante contrato de trabajo, que prestaba servicios en condiciones idénticas a las que él tenía.

Una vez notificadas, las demandadas dieron respuesta a la demanda en oposición a todas y cada una de las pretensiones. Fiduagraría S.A. en condición de vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto



de Seguros Sociales adujo en síntesis que el contrato en virtud del cual vinculó el demandante es de prestación de servicios en virtud del cual no estuvo sometido a subordinación jurídica laboral por parte del extinto ISS y que su vinculación se produjo en forma voluntaria. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, cosa juzgada, pago, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación reclamada, entre otras.

Por su parte el Ministerio de Hacienda y Crédito Público adujo que no existe no existió vínculo alguno de carácter legal, contractual o laboral con el demandante y que tampoco guarda ninguna relación con el Decreto 2013 de 2012, ni con el contrato de fiducia mercantil 015-2015 suscrito por Fiduagraria y el ISS. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la relación laboral con el Ministerio de Hacienda, inexistencia de solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, entre otras.

El Ministerio de Salud y Protección Social indicó que la situación planteada le es desconocida en cuanto no ha sostenido ninguna clase de vínculo con la demandante, razón por la que no le adeuda suma alguna y que en el marco de sus competencias constitucionales y legales no se encuentra obligada al pago de prestaciones sociales de quien no ha sido su contratista o funcionario. Propuso en su defensa las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, entre otras.

Al desatar las pretensiones de la demanda el servidor judicial de primer grado, negó todas y cada una de las pretensiones de la demanda al considerar en esencia que las actividades propias que ejecutó el demandante eran propias de un empleado público de acuerdo con lo que al efecto establece el Decreto 416 de 1997.



Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado del demandante solicita se revoque la determinación que acogió el servidor judicial de primer grado y en su lugar se reconozca la condición de trabajador oficial del demandante y se acceda al reconocimiento de la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Con tal propósito aduce en esencia que si bien en el Acuerdo 145 de 1997, aprobado mediante el Decreto 416 de la misma anualidad se estableció el cargo de Asesor correspondía al de un empleado público, debía tenerse en cuenta que en la referida normativa no se relacionan las funciones de dicho cargo, por lo que ante la ausencia de las mismas se queda en un estado de intuición y que no le es dado al servidor judicial desarrollar un acto administrativo, en tanto estaría usurpando funciones que no le corresponden.

Aduce que en tal sentido el servidor judicial de primer grado colige la condición de Asesor del demandante sin verificar si cumplía dicho requisito, a pesar de que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que en los estatutos no solamente deben estar el cargo propio para desempeñar de un empleado público sino las funciones.

Señala que si el asesoramiento es propio de un grado de dirección confianza y manejo, este no está circunscrito únicamente al manejo de prestaciones económicas dado que en realidad dicho asesoramiento no es al ISS sino a los usuarios de la misma empresa para determinar si ellos tiene derecho a las pensiones que manejaba dicha entidad; y que bajo tal perspectiva es difícil



determinar la condición de empleado público si entre las funciones que tenía el demandante se encontraban las de sacar copias y responder derechos de petición.

Finalmente sostiene que si las funciones que tenía el demandante eran del giro normal de las actividades del ISS, esto es, el manejo de prestaciones económicas que es lo que hacía dicha entidad diariamente, no tendría ningún trabajador oficial porque su misión era reconocer prestaciones y todos los que trabajaban en ese ámbito debían ser catalogados entonces como empleados públicos, y de ser así el ISS no tendría la condición de Empresa Industrial y Comercial del Estado.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

La controversia que suscita la atención de la Sala, se centra en primer término en establecer si el demandante prestó servicios para el Instituto de Seguros Sociales en condición de trabajador oficial y de ser así, si tiene derecho al reconocimiento y pago de los derechos laborales de carácter legal y extralegal que reclama.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que se encuentra acreditado dentro del proceso con la documental visible a folios 21, 24 a 26, y 42 a 46, contentiva de las certificaciones expedidas por el extinto Instituto de Seguros Sociales, así como de los contratos mediante los que el accionante se vinculó, se establece que éste prestó servicios personales a favor dicha entidad desde el 4 de agosto de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2012 en condición de Abogado; prestación del servicio que al tenor de lo dispuesto



en el artículo 20¹ del Decreto citado, permite presumir la existencia de la relación laboral que se reclama; sin embargo, dado que el servidor judicial de primer grado determinó que las funciones que desarrolló el demandante eran propias de un empleado público, corresponde a la Sala dilucidar si las funciones que el demandante desarrolló como Abogado corresponden a tal clase de vínculo.

Al respecto conviene a la Sala tener en cuenta, que para clasificar a un servidor público dentro de las dos tradicionales categorías existentes (Empleado Público o Trabajador Oficial), necesariamente ha de acudirse a los criterios orgánico y funcional. El primero relacionado con la naturaleza jurídica de la entidad para la cual se prestó el servicio y, el segundo, relativo a la actividad a la cual se dedicó ese servidor público.

En lo que respecta al factor orgánico, corresponde indicar por la Sala que la naturaleza jurídica de la entidad frente a la cual se reclama la condición de empleador, es un ente que con ocasión a la expedición del Decreto 2148 de 1992 se le dio el carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional y en tal virtud, de acuerdo con lo que al efecto establece el 5° del Decreto 3135 de 1968, por regla general sus servidores son trabajadores oficiales y, excepcionalmente, de acuerdo con sus estatutos, empleados públicos cuando ejerzan funciones de dirección y confianza.

Ahora bien, mediante el Acuerdo 145 de 1997 aprobado por el Decreto 416 de la misma anualidad el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales determinó que se ostentan la condición de empleados públicos, las personas que desempeñen entre otros los cargos de: Presidente del Instituto, Secretario General y Seccional, Vicepresidente, Gerente, Director, Asesor, Jefe de Departamento, así como los Servidores Profesionales y Secretarias

¹ "El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción."

Ejecutivas del Instituto de los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director.

De acuerdo con el precepto en cita en armonía con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, dimana con meridiana claridad que son considerados empleados públicos aquellos cargos cuyas funciones se relacionan con la adopción de directrices, que pertenecían a la más alta jerarquía de la estructura organizacional del Instituto de Seguros Sociales, o que las Secretarías Ejecutivas y Servidores profesionales presten servicios en forma directa a los titulares de dichos despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director. De manera que cuando el precepto en mención hace referencia al nivel Asesor no se refiere cualquier tipo de asesoría, como lo consideró el servidor judicial de primer grado, sino de aquella que tenía incidencia en la directrices generales de la entidad, lo que por demás guarda coherencia con la estructura organizacional establecida en el Acuerdo 076 de 1994, aprobado por el Decreto 337 de 1995, en cuyo artículo 3° se señaló:

“ESTRUCTURA ESPECÍFICA DE LOS NIVELES. La estructura específica de las distintas dependencias y unidades organizacionales del Instituto de Seguros Sociales en sus Niveles Nacional, Seccional, Zonal y Local, se determina con base en las siguientes reglas:

En la estructura interna del Nivel Nacional, las unidades o dependencias del nivel directivo se denominan Presidencia, Secretaría General, Vicepresidencias y Gerencias. Las de Asesoría se denominan Direcciones y Unidades. Las ejecutivas son Departamentos, Coordinaciones y Secciones.

En la estructura interna del Nivel Seccional, las unidades o dependencias del nivel directivo se denominan Gerencias y Secretarías Seccionales. Las de asesoría se denominan Direcciones y/o Unidades, y las ejecutivas, Departamentos, Coordinaciones, Secciones o Centros.” (Resalta la Sala)



La anterior determinación se acompasa con el criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencia SL2584 de 2019, en un caso de similares supuestos de hecho, en el que concluyó:

*“En consecuencia, conforme al contexto normativo atrás descrito y de acuerdo con las pruebas reseñadas, la pretensión declarativa de la existencia del contrato de trabajo que demanda el accionante, quien fue vinculado como abogado en el **Departamento de Pensiones de la seccional Cundinamarca**, mediante contratos administrativos de prestación de servicios regulados por la Ley 80 de 1993, debió ser analizada bajo los presupuestos del literal B) del artículo 1.º del Decreto 416 de 1997, mas no con fundamento en lo previsto en el numeral 13 de literal A) ibidem, tal como con error lo aplicó el Tribunal.”*

Bajo tal perspectiva, en tanto de acuerdo con la certificación visible a folios 24 a 26, si bien el demandante tenía funciones de asesoramiento, las mismas se relacionan con el reconocimiento de las prestaciones económicas que se encontraban a cargo de la entidad para la cual prestaba servicios respecto de sus afiliados, pero en modo alguno tenía el nivel Jerárquico para incidir en la adopción de directrices y políticas de la misma, lo que de contera permite desestimar que las mismas correspondieran a las de un empleado público.

Las razones expuestas considera la Sala son suficientes para determinar la existencia del vínculo laboral, razón por la que se revocará la determinación que sobre el particular acogió el servidor judicial de primer grado, pues como se indicó, establecida la prestación personal del servicio por parte del demandante al extinto Instituto de Seguros Sociales y que las actividades que desarrolló no era propias de un empleado público, resulta procedente declarar la existencia del vínculo laboral que se reclama, pues a pesar de que la referida entidad contaba con la posibilidad para celebrar contratos de prestaciones de servicios en los términos de la Ley 80 de 1993, lo cierto es, que esto no la faculta para desconocer derechos laborales, máxime cuando no existe medio de convicción dentro del asunto que desvirtúe la presunción de existencia de la relación laboral antes referida.



Establecida como se encuentra la existencia de la relación laboral deprecada, considera la Sala oportuno determinar desde ahora la responsabilidad de las demandada en torno a los derechos que pudieran surgir entorno al referido vínculo.

Al respecto corresponde indicar que a la finalización de la liquidación del Instituto de Seguros Sociales, en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006, su Liquidador suscribió el contrato de Fiducia Mercantil 015-2015² con la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – Fiduagraria S.A., en virtud del cual se constituyó un Patrimonio Autónomo de Remanentes cuyo objeto entre otros consiste en “...la atención y gestión de las obligaciones remanentes y contingentes, así como la atención y gestión de los procesos judiciales ... a cargo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN...”.

Así mismo, corresponde tener en cuenta que en cumplimiento de orden emanada del Consejo de Estado a efectos de que se diera cumplimiento al parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, el Ministerio de Salud y la Protección Social expidió el Decreto 541 de 2016, modificado por el Decreto 1051 de la misma anualidad, preceptó éste último que en su artículo primero, expresamente estableció:

“Será competencia del Ministerio de Salud y Protección Social asumir el pago de las sentencias judiciales derivadas de las obligaciones contractuales y extracontractuales a cargo del Instituto de Seguro Social liquidado.

El trámite de pago podrá hacerlo el Ministerio de Salud y Protección Social directamente o a través del Patrimonio Autónomo de Remanentes constituido por el liquidador del extinto Instituto de los Seguros Sociales, u otro que se determine para tal efecto.”

² Cfr fls 172 a 188



En ese orden, no le cabe duda a la Sala acerca de la responsabilidad del pago de las acreencias laborales a que pueda tener derecho el demandante se encuentran a cargo tanto del Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS como del Ministerio de Salud y de esa forma se dispondrá en la parte resolutive.

Corroborada como se encuentra la existencia del vínculo laboral, por razones de carácter metodológico la Sala analizará la prosperidad de la excepción de prescripción propuesta por las accionadas, para lo cual se ha de tener en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 151 del C.P.T. y S.S. el término prescriptivo es de tres años los cuales comienzan a contabilizarse a partir del momento en que se hacen exigibles pero puede ser interrumpido por una sola vez con la reclamación escrita; la que en el presente asunto se elevó el 24 de julio de 2015³, considera la Sala se encuentran prescritos los derechos reclamados con anterioridad al 24 de julio de 2012.

DERECHOS CONVENCIONALES

Observamos que para establecer la procedencia del reconocimiento de los mismos basta a la Sala tener en cuenta que dentro de la documental aportada se encuentra el acuerdo colectivo⁴, con la correspondiente constancia de depósito ante el Ministerio del Trabajo y que conforme con los artículos primero y tercero del mismo, el demandante ostenta la condición de beneficiario en razón a que el sindicato firmante actuaba como el mayoritario en consecuencia para no hacerle extensivos los beneficios convencionales era necesario que se acreditara que la referida organización sindical con posterioridad a la suscripción del acuerdo extralegal no contaba con el número

³ Cfr fls 22 a 23.

⁴ Cfr fls 47 a 82



de afiliados para el efecto, lo que en consecuencia permite analizar la procedencia del reconocimiento de los derechos extralegales que se reclaman.

DE LA NIVELACIÓN SALARIAL E INCREMENTOS SALARIALES

En punto a la procedencia de la nivelación salarial pretendida advierte la Sala que de acuerdo con el libelo incoatorio la misma no se soportó en la comparación del desarrollo de funciones entre la demandante y otro trabajador de la demandada; sino en el desarrollo por parte del demandante de funciones asignadas a determinado cargo existente al interior de su empleadora.

En tal virtud, no es posible establecer con total grado de certeza que las funciones desarrolladas por la demandante correspondan efectivamente al cargo al que pretende se nivele su asignación salarial, lo que en consecuencia impone negar dicha pretensión.

En lo que respecta al incremento salarial de carácter convencional, advierte la Sala que en tanto el artículo 40 del texto extralegal, efectivamente dispuso un incremento salarial que oscila entre un 6% y un 8% para los trabajadores que tengan una antigüedad de 1 a 10 años, de manera que resulta procedente acceder a su reconocimiento

De acuerdo con lo anterior, se se emprenderá el análisis de cada uno de los conceptos reclamados, teniendo en cuenta para el efecto la siguiente base salarial: \$1'785.737,00 desde el inicio del vínculo, \$1'842.345,00 a partir del 1° de abril de 2011 y a partir del 1° de enero de 2012 la suma de \$1'952.885,7 hasta la finalización del vínculo.

PRIMA DE VACACIONES



En los términos del artículo 49 de la Convención Colectiva de Trabajo, este derecho se reconoció a favor de quienes tuvieran al menos 5 años de servicio, y en tal sentido, como el demandante tan solo laboró para la demandada por espacio de 3 años y 2 meses no resulta procedente acceder al reconocimiento de dicha prestación.

PRIMA DE SERVICIOS

El artículo 50 de la Convención Colectiva de Trabajo establece el reconocimiento de este derecho, en dos primas al año, causadas en forma semestral, cada una de ellas equivalente a 15 días de servicio de salario para quienes hayan laborado durante todo el semestre o a una suma proporcional al tiempo trabajado, siempre y cuando sea éste, por lo menos, la mitad del semestre y no hubieren sido despedidos por justa causa, pagaderos en los primeros 15 días de junio y en los primeros 15 días de diciembre y sobre los salarios devengados para el 30 de mayo y el 30 de noviembre respectivamente.

En ese orden de ideas, dada la prosperidad en forma parcial de la excepción de prescripción y realizados los cálculos matemáticos correspondientes el demandante tiene derecho al reconocimiento de la suma de \$813.702,15.

AUXILIO DE CESANTÍAS

A esta prestación tiene derecho los trabajadores oficiales, en virtud de lo que al efecto establece la Ley 6 de 1945, el Decreto 3118 de 1968 y la Ley 344 de 1996; sin embargo en el asunto, el mismo se reconoce conforme con lo que al efecto establece la Convención Colectiva de Trabajo, la cual en su artículo 62 sobre el tema de las cesantías estableció que el ISS debía proceder a liquidarlas a 31 de diciembre de 2001, en forma retroactiva, y a



partir del 31 de diciembre del año 2002 y por los años subsiguientes, las cesantías se liquidarán anualmente.

En consecuencia al realizar las operaciones aritméticas de rigor incluyendo los factores que establece la norma extralegal y teneindo en cuenta que este derecho se causó a la finalización del vínculo, el demandante tiene derecho al reconcimientto de la suma de \$3'667.311,75

INTERESES A LA CESANTÍAS

De acuerdo con lo que establece el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo, este derecho se liquida de forma anual y corresponde al 12% anual respecto de las cesantías del respectivo año objeto de liquidación y se cancelan durante el mes de enero.

Por lo tanto, ante la prosperidad de la excepción de prescripción el demandante tiene derecho al reconocimiento por este concepto de la suma de \$44.075,00.

PRIMA TÉCNICA

Solicita la demandante el reconocimiento de esta prima que establece la Convención Colectiva de Trabajo; al respecto corresponde tener en cuenta que el artículo 41 A del referido texto extralegal, previó a favor de los profesionales no médicos una prima del 10% de la asignación básica mensual, en el caso de los profesionales generales y del 12% para el caso de los profesionales especialistas.

Al respecto corresponde indicar que en tanto en los diversos contratos mediante los que se vinculó al demandante se consignó que se contrataban los servicios de Abogado, el que evidentemente es un cargo profesional, resulta



procedente acceder a su reconocimiento, razón por la que ante la prosperidad de la excepción de prescripción, se condenará a la demandada al pago de la suma de \$976.427,5.

PRIMA DE NAVIDAD

Acogiendo el criterio adoptado por la máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencia SL981 – 2019 resulta procedente su reconocimiento, en los términos en que se encuentra prevista en los artículos 32 y 33 del Decreto 1045 de 1978, puesto que la prima de servicios extralegal establecida en la Convención no tiene la vocación de excluirla.

Y corresponde a un mes de salario por año de servicios, o proporcional en razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios motivo por el que ante la prosperidad parcial de la excepción de prescripción corresponde reconocer por ese concepto la suma de \$2'118.306,00.

PAGO DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Pretende el demandante se le reintegre el valor que canceló de su propio peculio por concepto de aportes al sistema de seguridad social, al respecto corresponde señalar que, de acuerdo con los artículos 17 y 204 de la Ley 100 de 1993, es obligación del empleador afiliar y pagar la parte que a él corresponde de los aportes al sistema general de seguridad social en salud y pensión de sus trabajadores, motivo por el que resulta procedente condenar a la demandada a pago de la suma de \$144.338,29 correspondiente a los aportes al sistema de seguridad social en pensiones y de \$112.689,29 por los aportes en salud, aclarando de un lado, que las sumas reconocidas corresponden al valor del aporte que cubrió el trabajador y se encontraba a cargo del Instituto de los Seguros Sociales y de otro, que en tanto no se trata



del pago de la cotización para el sistema sino a favor de la demandante dichas sumas se ven afectadas por el fenómeno de la prescripción.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

De acuerdo con lo establecido en el artículo 5° de la Convención Colectiva de Trabajo, la procedencia del pago de la indemnización por despido, se encuentra soportada sobre la terminación de la relación laboral por parte del Instituto de Seguros Sociales por causa distinta a las legalmente establecidas en el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965.

En ese orden de ideas considera la Sala que para su procedencia, era a la demandante a quien le correspondía acreditar que el vínculo finalizó como consecuencia de la determinación de la entidad accionada, y solo verificado este supuesto correspondía al empleador correr con la carga de la prueba de demostrar la justa causa de la terminación del vínculo; pese a ello, no existe dentro del plenario medio de convicción que dé a la Sala certeza de esta situación. Razón por la que la Sala se absolverá a la demandada de dicha pretensión.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

En punto al reconocimiento de esta indemnización, se considera oportuno señalar que insistentemente la jurisprudencia laboral, ha señalado que la sanción establecida en el Decreto 797 de 1949 no es de aplicación automática, ya que para determinar su viabilidad debe examinarse la conducta del acreedor y si de ese análisis se colige que el no pago o el pago deficitario de salarios, prestaciones o indemnizaciones se debe a la creencia de no deber suma alguna hay que exonerar por este concepto.

En ese sentido, para imponer o exonerar de esta sanción, no es suficiente por una parte, la mera declaración de la existencia del vínculo laboral, como por otra, no basta con que el empleador señale o contraponga a la declaratoria del contrato de trabajo otro tipo de vínculo, ya que en este último evento se requiere de un examen de los medios de prueba para verificar hasta qué punto el convencimiento del empleador tiene tal fuerza para excusarlo de haber negado el reconocimiento y pago de los derechos laborales de su verdadero trabajador y no simple contratista.

En el asunto, a juicio de la Sala la demandada en realidad no estuvo revestida de buena fe para negar las acreencias laborales del trabajador; y en efecto, no puede existir una creencia sincera y convincente por parte de la ex empleadora de haber desarrollado desde el inicio un contrato de prestación de servicios para suplir ciertas necesidades propias del giro normal de sus actividades y adicionalmente quedó establecido el cumplimiento de un horario que le imponía la entidad, obligaba a descartar cualquier tipo de independencia para desarrollar la labor contratada. Por tanto, si por disposición legal se sabe que cualquier intento de suprimir la libertad de horario del contratista dentro de una entidad pública, conlleva a que se presente un elemento típico de subordinación, aquella no puede persistir en su idea de seguir contratando bajo esa figura, así como tampoco seguir dando órdenes, solicitando permisos del contratista, trasladándolo y en general asimilando o dándole el mismo trato que a un trabajador de su planta de personal, sin hacer ninguna distinción, pues lo único que los diferencia será el rótulo de la contratación, pero en general se trata del mismo tipo de trabajador, tal como se puede establecer dentro del proceso de la prueba testimonial recepcionada.

Sin embargo, la misma se limita con ocasión a la liquidación definitiva, esto es, al 31 de marzo de 2015, fecha en la cual se suscribió el acta final de liquidación de la demandada, pues a partir de ese momento quien ostentó la



Ref.: Radicación N° 1100013105-005-2016-00289-01. Proceso Ordinario de Edgar Eulices González Álvarez contra P.A.R. ISS y otros (Apelación sentencia).

condición de empleadora dejó de ser sujeto de derechos y de obligaciones, y aun cuando la Nación es garante respecto de las obligaciones que contrajo la entidad, en virtud de tal condición no es dable trasladarle las cargas derivadas del incumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad liquidada.

En ese orden de ideas, como no se pagaron las prestaciones sociales adeudadas en favor de la trabajadora dentro de los 90 días siguientes a la finalización del vínculo laboral, se tiene que se adeuda un día de salario por cada día de retardo en el pago de las prestaciones sociales, por lo que corresponde condenar a las demandadas al reconocimiento de la suma diaria de \$65.096,19 a partir del 1 de marzo de 2013 hasta el 31 de marzo de 2015, para un total de \$48'822.142,5.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Costas en ambas instancias a cargo del P.A.R. del ISS cuya vocera y administrado por Fiduagraria S.A., y del Ministerio de Salud y Protección Social.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 18 de octubre de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar delcarar la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y el Instituto de Seguros Sociales Liquidado, desde el 4 de agosto de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2012.



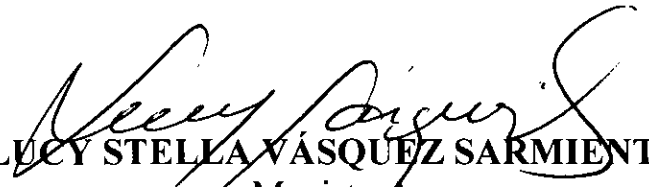
SEGUNDO.- CONDENAR a las demandadas Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales administrado por Fiduagraria S.A. y al Ministerio de Salud y Protección Social, al reconocimiento y pago de las siguientes sumas y conceptos: a) \$813.702,15 por primas de servicios, b) \$3'667.311,75 por cesantías, c) \$44.075,00 por intereses a las cesantías, d) \$976.427,5 por prima técnica, e) \$2'118.306,00 por prima de navidad, f) \$144.338,29 por devolución de aportes en pensiones, g) \$112.689,29 por devolución de aportes en salud, h) \$48'822.142,5 por concepto de indemnización moratoria.

TERCERO.- ABSOLVER a las demandadas Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales administrado por Fiduagraria S.A. y al Ministerio de Salud y Protección Social de las demás pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO.- ABSOLVER al Ministerio de Hacienda y Crédito Público de todas y cada una de las pretensiones.

QUINTO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de del P.A.R. del ISS cuya vocera y administrado por Fiduagraria S.A., y del Ministerio de Salud y Protección Social, para su tasación incluyanse como agencias en derecho de la alzada la suma de \$600.000,00.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 1100013105-005-2016-00289-01, Proceso Ordinario de Edgar Eulices González Álvarez contra P.A.R. ISS y otros (Apelación sentencia).

[Handwritten signature]

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

Solus voto parcial

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
Secretaría Sala Laboral

21 DEC 15 PM 2:24

[Handwritten signature]
-2016-005-2016-00289-01

10-2-2015

000000



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-002-2019-00351-01. Proceso Ordinario de Claudia Ximena Rojas Herrera contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de junio de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de su traslado a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, junto con los rendimientos



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-002-2019-00351-01. Proceso Ordinario Claudia Ximena Rojas Herrera contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

respectivos, ordenándose a la última entidad recibir tales dineros, actualizando la historia laboral y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 20 de abril de 1964, acreditando la edad el mismo día y mes de 2021, afiliándose al RPM administrado por el ISS el 13 de junio de 1983, donde cotizó 467 semanas; que se trasladó a Porvenir S.A. el 1° de diciembre de 1997, donde cotizó hasta el 30 de abril de 2019, un total de 1114 semanas, las que computadas arrojan un total de 1.551 semanas; que al momento de su traslado no su cumplió con el requisito de la debida información al afiliado, informando sobre las ventajas y desventajas de su decisión, así como que tampoco le fue informado con anterioridad al 20 de abril de 2011, sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad de pensión; que la mesada pensional en el RAIS a los 57 años ascendería a la suma de \$781.242, no obstante, en el RPM con un IBL de \$3.728.449 y aplicando una tasa de reemplazo del 70.74%, se obtendría una mesada pensional por la suma de \$2.637.504; que elevó derechos de petición los días 26 y 29 de abril de 2019 ante Porvenir y Colpensiones respectivamente, solicitando la nulidad de traslado.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y ordenó trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado, teniéndola como válidamente afiliada al RPM. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las



características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconforme con la anterior decisión, las apoderadas de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.

La apoderada de la demandada Porvenir S.A. solicitó se revoque el fallo proferido, ya que si bien existe un precedente jurisprudencial citado por la falladora de primer grado, también lo es, que no se debe aplicar el mismo de forma adjetiva, pues se deben analizar las situaciones particulares de cada caso, pues en el presente litigio no le asiste razón al aquo en declarar la ineficacia por falta de afiliación, cuando no había la obligación de la demandada de acuerdo con la circular 19 de 1998 emitida por Superintendencia Financiera de Colombia, que exigía como único documento válido para materializar el traslado el formulario de afiliación, cumpliéndose con obligaciones a su cargo y la permanencia de la actora ha sido decisión libre, voluntaria e informada, ratificada en el tiempo. Tampoco se generaría un vicio en el consentimiento, toda vez que Porvenir brindó una información sobre las implicaciones del traslado, las características del RAIS y sus implicaciones, tal y como se aprecia en formulario suscrito por la demandante, generándose la situación planteada en el artículo 1752 y siguientes del Código Civil, relativos al saneamiento del consentimiento, ya que la actora realizó aportes de forma personal y voluntaria y de existir vicio, la demandante lo ratificó con su decisión de traslado y mantenerse en el tiempo.

Aunado a lo anterior, la Ley 1748 de 2014 hace alusión a proyección total en pensión, es enviar extractos, pero se debe tener en cuenta vigencia que es



desde 26 de diciembre de 2014 y por tanto no le era obligatorio de entregar documentos. De igual forma, tampoco es viable devolver los gastos de administración, pues la Ley 100 de 1993, pues la norma establece que se genera un 3% para los gastos de administración y para las contingencias de invalidez y sobrevivencia, enfatizando que el concepto de la Superintendencia Financiera del 17 de enero de 2020, indicó de forma expresa que cuando haya ineficacia los aportes a devolver son los saldos y rendimientos, sin que proceda la devolución de seguros previsionales, pues la AFP mantuvo la cobertura, ni la comisión de administración que suman de 80 a 84 millones de pesos, además, que de ordenarse los mismos se genera un enriquecimiento en favor de la demandada en la medida que no hay norma que disponga la devolución, de lo que se advierte que no sirven para financiar la pensión, sino que pertenecen a la AFP para incrementar el dinero existente y por ello se debe declarar la prescripción de la devolución de aportes de gastos de administración y primas de seguros.

La apoderada de Colpensiones solicitó se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda, toda vez que en virtud de las pruebas allegadas se advierte que la actora se encuentra válidamente afiliada en el RAIS, enfatizando que el traslado se realizó con voluntad de la cotizante, quien suscribió los formularios para avalar el mismo el 1° de diciembre de 1997, además, el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 establece la posibilidad de traslado cada 5 años, sin embargo y por estabilidad del derecho pensional, se limitó cuando el afiliado esté a menos de 10 años para adquirir la edad de pensión y sobre lo cual se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, como en sentencia T 211 de 2016. Para el momento del traslado de régimen, se dejó de tener en cuenta al demandante para futuro reconocer el derecho pensional, sin dejar un monto que pudiese devengar descapitalizándose el RPM. Por otra parte, adujo la actora que no se brindó la información suficiente, las características y condiciones propias del RAIS se



encuentran en el artículo 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, la que se encuentra al alcance del conocimiento de las personas y no se puede atribuir en el fondo de pensiones la omisión de la información, sin que sea dable la ineficacia por advertir posibles inconformidades derivadas del RAIS, como lo dice la demandante y por ello, se debe revocar la decisión proferida.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas



implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹,

¹ “(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de provisión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)”.

“...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de

relevante para la toma de decisión que se persigue: de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...”
(Subrayado de la Sala).



trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.



Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir adelante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio y que en todo caso, debería ser cobrada por Colpensiones durante el período en el que se mantenga la afiliación.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros,

que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración cobrados en vigencia de la afiliación de la demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado.

Ahora bien, frente a la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones que administra Colpensiones, debe advertirse que la Administradora Colombiana de Pensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, sin que por ello se puede aducir un enriquecimiento sin justa causa, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien debería



proceder con el cobro de dichos emolumentos y no la AFP. De igual forma, debe advertirse que si bien se solicita la aplicación del concepto emitido por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia frente a la devolución de gastos, es necesario señalar que el concepto emitido no tienen fuerza vinculante para las decisiones judiciales, situación contraria al precedente vertical emitido por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que sí debe ser acogido por los jueces en sus providencias.

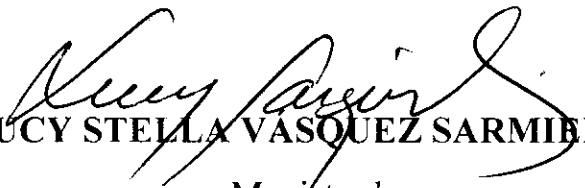
Finalmente, debe advertirse que tampoco se puede acoger el dicho de la encartada Colpensiones, en el sentido que la actora se encuentra en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, por encontrarse a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, en el entendido que si bien tal postulado es cierto, también lo es, que al declararse la ineficacia es como si nunca se hubiese realizado el traslado y por tanto no se encontraría en la mencionada prohibición.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias estarán a cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del

derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. COSTAS** de ambas instancias cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte., de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**



LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO

Magistrada



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

Salvo voto porcia



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001310503820160072301. Proceso Ordinario de Rafael Antonio Díaz Sarmiento contra Consultec International Sucursal Colombia. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, y de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA:

RAFAEL ANTONIO DÍAZ SARMIENTO convocó a CONSULTEC INTERNATIONAL SUCURSAL COLOMBIA, para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de existencia de contrato de trabajo: mensualidades, cesantías e intereses, cotizaciones seguridad social en salud y pensiones de toda la relación de trabajo; indemnización por despido; indemnización moratoria; indexación; y, costas del proceso.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,



HECHOS:

Fue contratado mediante la modalidad de prestación de servicios entre el 1 de febrero y el 31 de diciembre de 2014, para prestar la actividad de asistente supervisor de operaciones de perforación en campo categoría 1 que desempeñaba trabajadores de planta, actividad que realizó hasta el 30 de junio de la misma anualidad, cuando la demandada decidió suspender el contrato, y el 31 de diciembre le presentó acta de terminación y le envió examen de retiro.

Devengaba \$6'920.000 representado en básico y alquiler de computador que se cancelaba mediante presentación de cuentas de cobro.

La actividad la cumplía directamente en instalaciones y jornada establecida por la empresa, acatando las órdenes impartidas por sus jefes inmediatos en forma verbal y escrita, sin poder ausentarse sin autorización, utilizando los elementos de la empresa.

A la terminación de la relación la empleadora no le canceló los salarios de junio a diciembre ni los demás derechos reclamados, y durante la vigencia no realizó los correspondientes aportes a seguridad social.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 9 de noviembre de 2016. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderado procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos manifiesta que acepta unos y los restantes los niega; propuso las



excepciones mérito de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 14 de marzo de 2019, **ABSOLVIENDO** a la demandada, al considerar que el vínculo fue civil de prestación de servicios y no laboral regido por contrato de trabajo. Impuso costas a cargo de la activa.

Como la decisión fue totalmente adversa al trabajador y no se interpuso recurso, se procede a desatar el grado jurisdiccional de consulta.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo ya que no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

RELACIÓN LABORAL:

El accionante suscribió con la demandada “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS TÉCNICOS PETROLEROS”, para la ejecución de servicios petroleros técnicos y de asesoría técnica en el área de “SERVICIO DE ASISTENCIA A LA SUPERVISIÓN DE OPERACIONES DE PERFORACIÓN EN CAMPO, CATEGORÍA JUNIOR I”, en el marco del



contrato MA-0034684 suscrito con Ecopetrol el 30 de noviembre de 2013 (fls. 119-137).

A sazón de lo anterior, reclama la declaratoria existencia de contrato de trabajo, sustentado en que la actividad la ejecutó directamente en instalaciones y jornada establecida por la empresa, acatando las órdenes impartidas por sus jefes inmediatos en forma verbal y escrita, sin poder ausentarse sin autorización, utilizando los elementos de la empresa.

Existe contrato de trabajo cuando concurren sus elementos esenciales a saber, i) prestación personal del servicio -intuitu personae- no dirigida a obtener un beneficio propio sino de quien que contrata la labor; ii) retribución o salario por parte del empleador, que deriva como consecuencia lógica de la prestación del servicio del empleado; y, iii) dependencia o continuada subordinación, que representa para el empleador el poder imperativo y director de imponer órdenes en cualquier momento en cuanto a modo, tiempo o cantidad de trabajo, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas, lo que automáticamente excluye el concepto de autonomía, libertad o independencia en la ejecución de la labor.

La prueba obrante a los autos, valorada en conjunto como lo exige el ordenamiento procesal laboral vigente <<artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social>>, bajo los principios científicos que informan su sana crítica, permite concluir sin asomo de duda que la vinculación del demandante como “contratista” por parte de la convocada para ejercer la actividad denominada “SERVICIO DE ASISTENCIA A LA SUPERVISIÓN DE OPERACIONES DE PERFORACIÓN EN CAMPO, CATEGORÍA JUNIOR I”, no mutó en contrato de trabajo, por ausencia de los requisitos previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.



El demandante al absolver interrogatorio de parte claramente refiere la forma como realizó su actividad, de la cual no se vislumbra frente a la convocada, la configuración de los elementos característicos del contrato de trabajo previstos en el ordenamiento positivo del trabajo, ya que sostuvo que la actividad la ejerció para Ecopetrol por órdenes impartidas por ésta como entidad contratante de los servicios de la demandada -quien por previsión del ordenamiento positivo del trabajo no se encuentra facultada para delegar la subordinación-. Por esa razón sostiene que sus servicios sólo los prestaba por requerimientos y órdenes de Ecopetrol, ya que era indispensable atenderlas en campo por ser el asistente del jefe del pozo, coordinando la llegada de personas y transporte, realizando averiguaciones, efectuando envío de informes y otras actividades que se presentaran de acuerdo con las instrucciones que le impartían.

La versión del demandante por producirle consecuencias adversas y a su vez favorecer a la convocada que se le enrostra la condición de empleadora, constituyen confesión a voces de lo previsto en el artículo 191 del Código General del Proceso, sobre la forma como se cumplió la actividad prestada, por lo tanto, suficiente para establecer la inexistencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo que se reclama bajo el principio de prevalencia de realidad sobre las formas establecidas por las partes e inaplicabilidad de la presunción prevista en el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo.

La prueba documental allegada, como la versión de la única testimonial recepcionada, dejan evidencia la misma situación confesada por el actor en su versión sobre la forma como aconteció la prestación del servicio y por cuenta de quien se ejerció los supuestos actos de subordinación, que en esos términos



y de cara a lo que se reclama, impiden entrar a considerarlos para destruir la existencia del contrato de prestación de servicios suscrito y mutarlo a de trabajo frente a quien se reclama bajo el principio de prevalencia de realidad sobre las formas establecidas por las partes y la presunción prevista en el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo, ya que toda decisión judicial debe proferirse en consonancia con los hechos y pretensiones que se aduce en la demanda, y en las demás oportunidades que determina la ley <<artículo 281 del Código General del proceso>>, lo contrario sería no sólo subvertir el ordenamiento jurídico en tal sentido, sino quebrantar el derecho de defensa de la contraparte que se ciñó a lo solicitado en la demanda, y sobre presupuesto contrario edifica su defensa, por esa razón, no es de resorte de la competencia del fallador emitir pronunciamiento sobre un aspecto que no fue solicitado en ningún sentido en la demanda ni en las demás oportunidades que permite la ley, máxime cuando quien eventualmente los ejerció, ni siquiera fue convocada al proceso, lo que significa que ni el sentenciador de primer grado hubiera podido hacer uso de la facultad ultra y extra petita prevista en el artículo 50 del ordenamiento adjetivo del trabajo que sólo a él compete, para resolver el entuerto planteado.

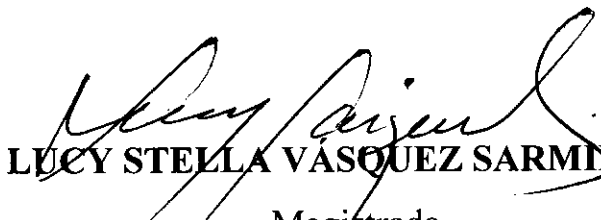
Lo que deja en evidencia el material probatorio, valorado en conjunto como lo exige el ordenamiento procesal laboral vigente bajo los principios científicos que informan su sana crítica y de conformidad con el ordenamiento positivo del trabajo, fue una intermediación laboral a voces de lo normado en el artículo 35, donde bajo ningún supuesto a la convocada podía endilgársele la calidad de empleadora así obrara en esa condición, amén de la suscripción del vínculo de prestación de servicios, que por esa razón permanece incólume.



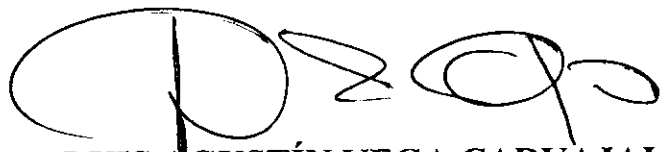
DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001310502720170054301. Proceso Ordinario de María Cristina García Martínez contra Colfrigos Cargo SAS. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, y de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA:

MARÍA CRISTINA GARCÍA MARTÍNEZ convocó a COLFRIGOS CARGO SAS, para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario. En forma principal, previa declaración de existencia de contrato de trabajo: cesantías e intereses con sanción, vacaciones, prima de servicios, sanción por no consignación de cesantías, pago sistemas seguridad social en pensiones y sanción moratoria (; indemnización por despido; indemnización moratoria; e indexación. En forma subsidiaria, previa declaración de contrato de prestación de servicios: honorarios.



Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:

Celebró con Frigoríficos Colombianos S. A. contrato a término fijo desde el 26 de octubre de 1993 al 31 de diciembre de esa anualidad, el cual a partir del 1 de enero de 1994 se cambió a la modalidad indefinida.

La empleadora el año 2007 le solicitó verbalmente prestar el servicios a la empresa Transportes Refrigerados de Colombia - TRC hoy convocada, teniendo como objeto social el procesamiento y conservación de diferentes productos, así como la prestación de servicio público de transporte.

Durante el vínculo laboral desempeñó el cargo jefe de recursos humanos, el cual dependía de la gerencia administrativa y financiera, en el desarrollo del mismo intercambiaba comunicaciones con diferentes áreas de la empresa, asignaba funciones, vinculaba trabajadores, igualmente actuando en la misma calidad asistió a diferentes capacitaciones en representación de la convocada.

El 25 de junio de 2012 la convocada contrata a otra persona para ejercer el cargo de Gerente de Gestión Humana, con salario integral de \$10.000.000. El 27 de julio de 2012 firmó acta de terminación del contrato de trabajo en la que se consignó culminaba el 31 de julio de esa anualidad.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 18 de enero de 2018 contra COLFRIGOS CARGO S.A.S. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la demandada por intermedio de apoderado procedió a dar contestación oponiéndose a las



205
286

pretensiones; respecto de los hechos manifiesta que acepta unos y a los restantes sostiene que no los acepta o que no le constan; propuso las excepciones de mérito de cobro de lo no debido por inexistencia de la causa, prescripción, buena fe, compensación, inexistencia de coexistencia de contratos, falta de legitimación en la causa pasiva y falta de jurisdicción y competencia.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 29 de marzo de 2019, ABSOLVIENDO de las pretensiones. Impuso costas a cargo de la activa.

Inconforme con la decisión el apoderado de la accionante interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Sostuvo el impugnante que acredita la prestación del servicio de su representada para la convocada como jefe del área de recursos humanos, surge la presunción legal contemplada en el artículo 24 del código sustantivo del trabajo, sin que ésta la hubiese desvirtuado, configurándose la existencia del contrato de trabajo.

Refiere que no puede existir un mismo contrato de trabajo con dos empleadores distintos, de suerte que como la accionante laboró para dos empleadores, existieron dos contratos cada uno autónomo, debiendo por lo tanto reconocerse y pagarse los derechos derivados del reclamado como se solicita en la demanda.

Se pactó cláusula de exclusividad que impedía al trabajador desarrollar la misma actividad para otras personas o empresas o para sí mismo, entonces

porque se lo ordenaba a la demandante que realizare las mismas actividades de la convocada, las cuales realizó en forma subordinada por parte de los altos cargos jerárquicos de la empresa como el gerente administrativo y el propio gerente general, sin que se hubiese acreditado la pretendida cláusula de cooperación entre las dos empresas, y el hecho de recibir salarios de la empresa contratante cuando realizó las mismas funciones para las dos empresas en la misma jornada, pueda desatenderse los preceptos normativos que orientan las relaciones de trabajo.

Sostuvo finalmente que al encontrarse acreditado el desarrolló funciones para la convocada, así fuera con autonomía e independencia que caracterizan el contrato de prestación de servicios, debe reconocerse las pretensiones subsidiarias.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo ya que no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

La prestación del servicio como elemento esencial del contrato de trabajo, compete acreditarla a quien afirma la gestionó, por esa razón, verificada, surge a su favor la presunción legal de existencia de contrato de trabajo a voces de lo normado en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo y la protección Superior del principio de primacía de la realidad consagrado en el artículo 53 de la carta política, para garantizar y efectivizar los derechos mínimos que consagra el ordenamiento sustantivo del trabajo a favor del empleado como

parte débil de la relación de trabajo, dado su carácter de orden público de obligatorio cumplimiento e irrenunciables.

Este elemento del cual deriva la presunción de configuración del contrato de trabajo, no es suficiente para concluir su existencia, ya que lo que consagra la presunción es una inversión probatoria, lo que significa que a quien se endilga la condición de empleador podrá desvirtuarla a través de los medios de convicción, pues son estos los que legítima y válidamente constituyen el soporte para resolver el entuerto jurídico, a voces de lo normado en el ordenamiento procesal jurídico y Superior, que para los intervinientes en juicio constituyen los instrumentos a través de los cuales ejercen su derecho de acción, contradicción y defensa, y el soporte del encargado de dirimir la controversia, ya que toda decisión judicial debe sustentarse en los medios probatorios oportunamente allegados.

Así las cosas, la acreditación de la prestación personal del servicio no constituye prueba suficiente para endilgar que estuvo regida por contrato de trabajo, ya que iuris tantum, la accionada a quien se le endilga la condición de empleadora, puede desvirtuar que los servicios no fueron subordinados como elemento que lo caracteriza e identifica o no los contrató, por ende, no produce efectos la presunción legal estatuida en el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo para concluir que los servicios prestados se rigieron por contrato de trabajo, siendo entonces la valoración de todos los medios de convicción los que permitan determinarlo.

En el elemento de la subordinación, propio e identificable del contrato de trabajo, el empleador ejerce su poder imperativo y director sobre el prestador del servicio para que ejecute la labor contratada en forma obediente o subordinada, debiendo permanecer el prestador del servicio en disposición de

acatarlas y cumplirlas, lo que automáticamente excluye el concepto de autonomía, libertad o independencia en su gestión.

El artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo faculta al empleado para celebrar contratos de trabajo con dos o más empleadores en forma autónoma independiente, salvo pacto de servicio exclusivo, pero para ello se requiere que las varias vinculaciones se ejecuten o realicen con temporalidad diferenciada, valga decir, que las actividades en una y otra relación no sean coetáneas, simultáneas o paralelas, porque de contera descartaría el elemento de la subordinación que tipifica el contrato de trabajo, en virtud del cual el trabajador se encuentra sujeto a las exigencias que el empleador le imponga *“en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos”* que se mantiene vigente *“por todo el tiempo de duración del contrato”*, a menos que los empleadores lo permitan por no afectarse la jornada acordada dentro del marco de la ley, pero en todo caso deberá dejarse expresamente consignado en aras de diferenciar la ejecución de una y otra por tratarse de relaciones autónomas e independientes, pues de lo contrario se aviene que las actividades son consecuencia de una sola vinculación. Criterios que en reiterada y pacífica jurisprudencia inveteradamente ha expuesto el órgano de cierre de la jurisdicción especial del trabajo hasta la actualidad.

De cara a lo anterior, la prueba obrante a los autos, valorada en conjunto como lo exige el ordenamiento procesal laboral vigente bajo los principios científicos que informan su sana crítica, permite concluir con acierto jurídico que la demandante no sostuvo ningún tipo de vinculación con la convocada sino con Frigoríficos Colombianos S. A. – Colfrigos S. A. con quien celebró contrato de trabajo, en virtud del cual gestionó algunas actividades para la encartada, en palabras de la colegiatura superior de la especialidad del trabajo,



“puede deducirse razonadamente que la segunda actividad sea una derivación del desarrollo propio de la primera ocupación”.

La versión brindada por la accionante en su interrogatorio de parte refiere en detalle la forma como realizó su actividad, de la cual no se vislumbra frente a la convocada que haya surgido como consecuencia de un nuevo y diferente contrato de trabajo celebrado con ésta, sino como consecuencia directa de la ejecución del verdadero y único vínculo que sostenía con su verdadera empleadora Colfrigos S. A., que en cumplimiento de su cargo de jefe de recursos humanos se amplió a ciertas actividades de la misma connotación para la enjuiciada sin variación de ninguna naturaleza, cumpliéndolas en las mismas instalaciones, jornada de trabajo, subordinada a las ordenes impartidas por quienes fungían la gerencia general o administrativa de ambas compañías, es decir, las actividades fueron las mismas para ambas empresas en forma coetánea, simultánea y paralela, sin diferencia de ninguna naturaleza en su ejecución.

La versión de la reclamante por producirle consecuencias adversas y a su vez favorecer a la convocada a quien se le quiere enrostrar la condición de empleadora, constituye confesión a voces de lo previsto en el artículo 191 del Código General del Proceso, sobre la forma como se cumplió la actividad prestada, por lo tanto, suficiente para establecer la inexistencia del contrato de trabajo pregonado, resultando inoperante la presunción prevista en el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo y el principio de prevalencia de realidad sobre las formas establecidas por las partes, mayormente cuando los demás medios de convicción lo corrobora, la prueba testimonial al unísono refiere las mismas situaciones fácticas que a título de confesión describió la actora y la prueba documental lo coadyuva.

La prueba testimonial es conteste en relatar la actividad desplegada por la demandante en su condición de jefe de recursos humanos de Frigoríficos Colombianos S. A., que involucró indistintamente trabajadores de aquella y la convocada, en una instalación conjunta , bajo una única jornada y acatando las ordenes e instrucciones que para el efecto disponía el gerente general y administrativo que en esa condición fungían en ambas empresas, situación que se presentó como consecuencia que las compañías se prestaban soporte mutuo para fortalecerse en el mercado del transporte de frio como grupo empresarial, que refieren Erika Álvarez Mejía y Yesid Armando Silva, quienes directamente conocieron la gestión de la accionante y el marco de actuación de las compañías que involucró sin distinción a todo su personal, a sazón que les imprime credibilidad por repercutir en sus intereses en forma adversa.

En ese sentido es pertinente tener presente que cuando las empresas conforman grupo empresarial, su intención no es otra que colaborar financieramente, operativa, logística y administrativamente, incluso circulando indistintamente su factor humano especializado o calificado en aras de efectivizar los objetivos del grupo sin perder su identidad jurídica, siendo igualmente necesario precisar, que amén de que la normatividad que la regula <<ley 222 de 1995>> establece la inscripción del grupo, su indemostración al interior de la causa no le resta efectos para con fundamento en ella derivar la existencia del contrato de trabajo que compete a este trámite, considerando que esa obligación la impone la ley al controlante del grupo, pero en todo caso lo importante, es decir, la forma como se presentó la situación, la corrobora la testimonial reseñada.

Así las cosas es apenas lógico que en desarrollo de su gestión como jefe de recursos humanos, la accionante tuviera trato indistintamente con la convocada no en forma directa para ésta, sino derivada de la relación de trabajo suscrita con su verdadera empleadora Frigoríficos Colombianos S. A.



bajo la cual estuvo siempre subordinada, amén que su gerente general y administrativo que las impartían, lo fuesen indistintamente de ambas compañías, quedando de esa manera evidenciado quién ejerció el elemento de la subordinación típico e identificable del contrato de trabajo.

Situación que igualmente deja en evidencia la prueba documental practicada, pues si bien ella da cuenta de actividades que se pretenden endilgar por cuenta de la convocada, lo cierto es que siempre las hizo como trabajadora de Frigoríficos Colombianos S. A., así lo corrobora los mails o correo electrónicos que se cruzaban, donde la accionante reporta siempre el de Colfrigos S. A. <<cgarcia@colfrigos.com>>.

Los medios de convicción evacuados al unísono dejan en evidencia que la actividad que eventualmente realizó la accionante para la convocada fue consecuencia directa e inmediata del contrato de trabajo suscrito con Frigoríficos Colombianos S. A. y no en virtud de un vínculo laboral directo, autónomo e independiente con ésta, por lo tanto, ineficaz la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo e inoperante el principio de la primacía de la realidad sobre las formas estatuido en el artículo 53 Superior.

En mismo derrotero, el reparo del impugnante sobre reclamo de honorarios que en forma subsidiaria reclamó para su representada no tiene vocación de prosperidad, pues como se dilucidó cualquier actividad la cumplió en desarrollo del verdadero y único contrato con Frigoríficos Colombianos S. A.

DECISIÓN:

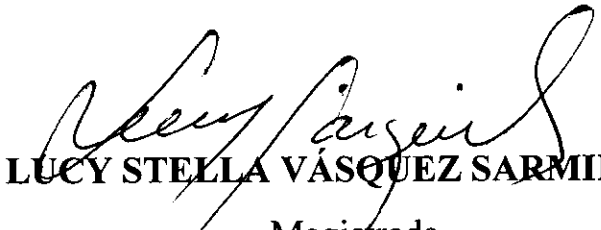
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.,

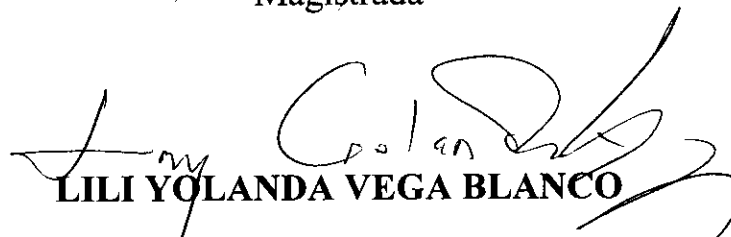


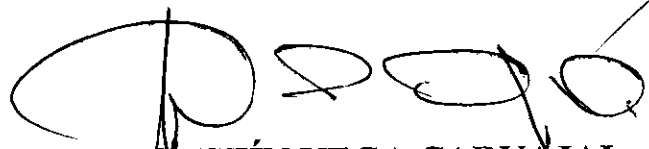
Ref.: Radicación N° 11001310502720170054301. Proceso Ordinario de María Cristina García Martínez contra Colfrigos Cargo SAS. (Fallo de Segunda Instancia).

administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la activa, inclúyase la suma de \$100.000.00 por concepto de agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILI YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-008-2019-00083-01	Proceso
Ordinario Apelación de sentencia Martha Patricia Borda contra	
Administradora Colombiana de Colpensiones y Otros.	

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, el día 29 de septiembre de 2020; así como, el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación a la entonces Davivir hoy AFP Protección S.A., y como consecuencia de las anteriores, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación sin solución de continuidad, con todos los e intereses, así como

las cuotas de administración, actualizar la historia laboral y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que nació el 10 de enero de 1960, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 16 de abril de 1979, donde cotizó aproximadamente hasta el 30 de abril de 1994, acumulando un total de 679,71 semanas; que en mayo de 1994 realizó traslados a DAVIVIR, hoy PROTECCION S.A., mediante la suscripción del formulario de afiliación a esa AFP; manifiesta que con el asesor acordó el envío a la semana siguiente de la copia del documento de afiliación, no obstante, dicha copia nunca fue remitida al afiliado, ni al empleador; que durante los años que estuvo vinculada al RAIS, efectuó traslados entre fondos pensionales privados, los cuales fueron: SANTANDER e ING, los que fueron absorbidos por PROTECCION; trasladándose por ultimo a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS desde octubre de 2001 hasta la fecha; que al momento de su traslado a una y otra administradora del régimen de ahorro individual, no se le brindó la información adecuada, veraz suficiente, clara, comprensible, pertinente y oportuna, donde se objetivaras las ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales existentes, que le permitieran tener los suficientes elementos de juicio para optar por el citado traslado; que la mesada pensional en el RAIS sería por el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, mientras que en el RPM ascendería al monto de \$2.178.907; que elevó solicitudes ante las administradoras de pensiones privadas y pública, las que fueron negadas.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a Davivir, así como los traslados horizontales efectuados y ordenó trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, junto con los rendimientos a que hubiere lugar y los gastos de administración que tuviere en su poder y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros y activara la afiliación en el Régimen de Prima Media

con Prestación Definida y actualizar la historia laboral. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos, disponiendo su afiliación a Colpensiones.

Inconforme con la determinación el apoderado de la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelvan de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, por cuanto no comparte la apreciación del despacho, al indicar que en el interrogatorio de parte no se logró obtener la confesión de la demandante, puesto que quedó demostrado que sí recibió una asesoría por parte de la AFP Davivir, en la cual se le brindó información sobre la características del régimen de ahorro individual específicamente lo atinente a los rendimientos financieros, el manejo que tendrían los mismos, así como de la posibilidad de obtener una pensión anticipada, la cual es una característica del régimen de ahorro individual, que los aportes del seguro social los iban a pasar al fondo de pensiones y que dicho fondo realizaría esta gestión. Razón a lo anterior considera el apoderado de Colpensiones que estas son características del régimen de ahorro individual que la demandante conoce y tuvo información de las mismas por parte de la AFP Davivir, siendo consciente la demandante del traslado y lo que implicaba.

Aunado a lo anterior, manifiesta que tampoco está de acuerdo con la conclusión que no se aportaron medios probatorios por parte de las demandadas, en los cuales se puedan evidenciar el efectivo cumplimiento

de las obligaciones legales en lo referente al deber de información y buen consejo, pues considera que es una carga imposible de acreditar, en la medida que para ese momento de la afiliación, la única obligación que tenía el fondo de pensiones era suministrar la información y poner de presente el respectivo formulario de afiliación, en tanto no existe ningún otro soporte que garantice cual fue la asesoría que se brindó por parte del fondo de pensiones, fundamentos por los cuales se debería tener como válido el traslado, ya que el único documento exigido por la Ley era el formulario, el que fue aportado al proceso, sin que fuere desconocido o tachado por la parte de la demandante.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya

que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹,

¹ “(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)"

"...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..." (Subrayado de la Sala).

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Davivir hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adocrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”* por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Davivir hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., así como el traslado horizontal efectuado a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es Colfondos S.A. Pensiones y

Cesantías, quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado.

Ahora bien, es necesario precisar que no es posible acoger el dicho de la recurrente referente a que con el interrogatorio de parte de la demandante se puede llegar a la conclusión que la actora tenía toda la información referente al traslado, ya que por el contrario, se evidencia que si bien se le brindó alguna información a la señora Martha Patricia Borda acerca del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, también lo es, que no se le dio información acerca de las desventajas de efectuar el traslado, situación que pretende se declare como cierta, con el simple formulario de afiliación de la actora, el que se reitera, no contiene mayores datos de relevancia para el futuro derecho pensional de la actora.

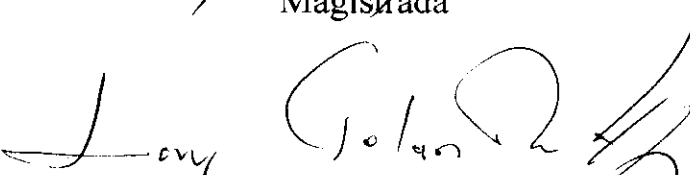
Ahora bien, Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en primera instancia, dada la absolución efectuada por la juzgadora de primer grado frente a dicho concepto y las de segunda, estarán a cargo únicamente de la Administradora Colombiana de Pensiones.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. SIN COSTAS** en primera instancia y las de esta instancia a cargo únicamente de la encartada Colpensiones; fíjense como agencias en derecho la suma de \$600.000, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110013105 016 2018 00056 01. Proceso Ordinario de María Estael Usma Rodríguez contra Mary Elsa Castañeda de Moreno. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., nueve (09) de diciembre de dos mil veintiunos (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA:

MARÍA ESTAEL USMA RODRÍGUEZ convocó a MARY ELSA CASTAÑEDA DE MORENO para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de contrato de trabajo y despido injusto: cesantías e intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías, aportes a salud y pensión e indexación.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:



Laboró para la convocada desde el 2 de agosto de 2012 hasta el 31 de enero de 2017 cuando le indicó de manera verbal que no volviera a trabajar; desempeñando el cargo de servicio doméstico.

La jornada fue de 7:00 am a 4:00 pm los martes, jueves y viernes en los años 2012 a 2014; y en los años 2015 a 2017, lunes, miércoles y viernes de 7:00 am a 12:00 m y de 2:00 pm a 5:00 pm, martes, jueves y sábado de 7 am a 4:00 pm y domingos de 8:00 a 12 m.

Como contraprestación del servicio le reconocían \$14.000 diarios del 2012 al 2014, y del 2015 al 2017 \$34.666 diarios, que se cancelaban semanalmente de acuerdo a los días laborados y según el horario asignado. Durante la relación laboral no se le canceló prestaciones sociales ni seguridad social.

El 1 de agosto de 2017 citó a conciliación a la convocada ante el Ministerio del Trabajo pero no asistió.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 3 de abril de 2018. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderado procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos sostuvo que no los acepta; propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de legitimación en causa pasiva, mala fe, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 10 de junio de 2019, ABSOLVIENDO de las pretensiones absteniéndose de condenar en costas.



Como la decisión fue totalmente adversa a la demandante que reclama la existencia de contrato de trabajo y no se interpuso recurso, se procede a desatar el grado jurisdiccional de consulta.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo ya que no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

RELACIÓN LABORAL:

Existe contrato de trabajo cuando concurren sus elementos esenciales a saber, i) prestación personal del servicio -intuitu personae- no dirigida a obtener un beneficio propio sino de quien que contrata la labor; ii) retribución o salario por parte del empleador, que deriva como consecuencia lógica de la prestación del servicio del empleado; y, iii) dependencia o continuada subordinación, que representa para el empleador el poder imperativo y director de imponer órdenes en cualquier momento en cuanto a modo, tiempo o cantidad de trabajo, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas, lo que automáticamente excluye el concepto de autonomía, libertad o independencia en la ejecución de la labor.

Es carga probatoria de quien reclama existencia de contrato de trabajo, demostrar la prestación del servicio durante el lapso que afirma la gestión, ya



que constituye presupuesto fundamental para resolver la procedencia de los derechos que se reclaman, por esa razón, verificada, surge la presunción legal de existencia de contrato de trabajo a voces de lo normado en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, para garantizar y efectivizar los derechos mínimos que consagra el ordenamiento sustantivo del trabajo a favor del empleado como parte débil de la relación de trabajo, dado su carácter de orden público de obligatorio cumplimiento e irrenunciable.

Establece el ordenamiento procesal general <<artículo 164>> que *“toda decisión judicial deberá fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”*, lo que significa que el operador judicial debe resolver sobre la viabilidad del derecho sometido a consideración, única y exclusivamente con sujeción a los medios probatorios que fueron solicitados, decretados y evacuados para soportarlo o desconocerlo, pues esta es su finalidad, sobre el particular la Corte Constitucional en Sentencia SU 132 del 26 de febrero de 2002, expuso *“(…) si bien es cierto que la Constitución en su artículo 228 establece que en las actuaciones de la administración de justicia el derecho sustancial prevalece sobre las formas, también lo es que por el fin que éstas cumplen en relación con el primero, no pueden ser desconocidas sin fundamento alguno, ni consideradas como normas de categoría inferior. La finalidad de las reglas procesales consiste, entonces, en otorgar garantías de certeza a la demostración de los hechos que fundamentan el reconocimiento de los derechos sustanciales y este propósito claramente obtiene respaldo constitucional, como así lo ha expresado esta Corporación: ‘Una cosa es la primacía del derecho sustancial, como ya se explicó, y otra, la prueba en el proceso de los hechos y actos jurídicos que causan el nacimiento, la modificación o la extinción de los derechos subjetivos, vale decir, de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Pretender que el artículo 228 de la Constitución torna inexecutable las normas relativas a la prueba, o la exigencia misma de ésta, es desconocer la finalidad de las pruebas y del proceso en sí’”*.



Bajo esa orientación, correspondía a la accionante demostrar la prestación del servicio y el lapso durante el cual afirma la gestionó, porque si así no acontece mal podría pensarse adentrarse en el estudio de los restantes elementos que estructuran el contrato de trabajo, y resolver sobre las pretensiones que derivan de su acreditación.

Al interior de la causa no existe medio de convicción que respalde prestación personal del servicio de la accionante para la convocada a quien le enrostra la condición de empleadora, limitándose a reclamar contrato de trabajo exponiendo lacónicamente situaciones encaminadas a la obtención de derechos derivados de aquél, sin desplegar actividad probatoria alguna que la respalde, en contraposición, la prueba evacuada valorada en conjunto como lo exige el ordenamiento procesal laboral vigente <<artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social>> bajo el principio científico que informa su sana crítica, permite concluir que si hubo algún tipo de gestión, lo fue para personas diferentes, como se deduce de la propia versión de la activa en su jurada al afirmar que inició la prestación del servicio con una persona jurídica y finalizó con una natural diferente, sólo que por tener relación con éstas la convocada, le enrostra prestación de servicios directos, aspectos que en igual sentido corrobora la testimonial recepcionada y la documental que en apoyo de su versión se allegó, los cuales por demás con naturalidad, espontaneidad y conocimiento directo de la situación, refieren con lujos de detalles la forma como se presentó, por esa razón le imprimen credibilidad a su dichos, esencialmente cuando representan circunstancia adversas en su contra.

Lo planteado es suficiente para concluir indemostrada la prestación personal del servicio de la accionante para la convocada, quien afirma fungió como empleadora, en consecuencia, la inexistencia del contrato de trabajo que

reclama, traduciendo en consecuencia la absolución de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra.

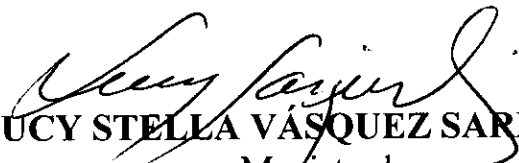
DECISIÓN:

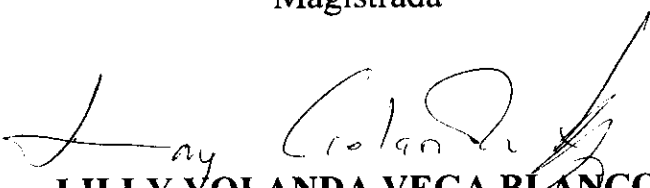
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley

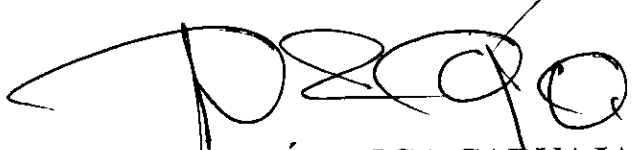
RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia de primera instancia. Sin costas de instancia.

Esta sentencia se notificará por Edicto.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

Secretaría-Sala Laboral
MAR 18 PM 12

83



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 026 2019 00587 01. Proceso Ordinario
Rubiela Lugo Ortíz contra Colpensiones y otras (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad absoluta de su afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 17 de julio de 1995, al existir engaño y asalto a la buena fe, que esta entidad debe devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación con los rendimientos causados y que tiene derecho a recuperar el régimen de prima media con prestación definida en su momento

administrado por Cajanal y actualmente a cargo de Colpensiones; se condene a esta última entidad reconocer en su favor la pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, junto con los intereses de mora que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 23 de febrero de 1960 que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 20 de marzo de 1986, y posteriormente a Cajanal desde el 1° de mayo de 1987 hasta el 30 de septiembre de 1995, cuando se afilió a la AFP Porvenir S.A., cuando contaba con 35 años de edad y 503.3 semanas cotizadas.

Indicó que el representante comercial de la AFP Porvenir S.A. la indujo a error para que se trasladara de régimen, indicándole que dicho fondo era privado, que tenía solidez financiera, que podría pensionarse con la edad y monto que quisiera, que tendría derecho a unos rendimientos financieros y que el monto de su pensión sería superior al que percibiría en Cajanal.

Señaló que el asesor de la AFP Porvenir S.A. omitió consignar dentro del formulario de afiliación que la decisión adoptada era libre y voluntaria, y que por condición de empleada pública podía devolverse en cualquier tiempo al régimen de prima media.

Añadió que la AFP Porvenir S.A. omitió brindarle información que considera primordial, respecto a los cuadros comparativos de las ventajas y desventajas del régimen en que estaba y al que ingresaría; ni se le advirtió acerca de que su pensión en dicho régimen se liquidaría con el valor de los dineros ahorrados en su cuenta, y que hasta tanto no reuniera el capital suficiente no tendría derecho a pensionarse.

Finalmente informó que solicitó en varias oportunidades su traslado al Instituto de Seguros Sociales, pero que el mismo no fue aceptado por la edad.

Una vez notificadas las accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.¹ adujo en síntesis que el acto jurídico mediante el que se produjo el traslado de régimen de la demandante respecto del que se pretende se declare su nulidad, se realizó con la observancia de todas las disposiciones legales existentes para la época, entre ellas el cumplimiento del deber de asesoría. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, enriquecimiento sin causa, inexistencia de algún vicio del consentimiento, entre otras.

Por su parte Colpensiones² en similar sentido adujo que la demandante se afilió válidamente a Provenir S.A., y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación y que por esa razón no procede la nulidad. Propuso las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, entre otras.

El conocimiento del asunto fue inicialmente al Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, cuyo titular mediante providencia del 6 de agosto de 2019 se declaró impedido; motivo por el que el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá asumió su conocimiento, mediante proveído del 18 de octubre de la misma anualidad.

La *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a partir de octubre de 1995, condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a

¹ Cfr fls 141 a 159 del expediente digitalizado.

² Cfr fls 238 y ss del expediente digitalizado.



Colpensiones la totalidad de los aportes de la demandante junto con los rendimientos causados y sin lugar a descuentos por cuotas de administración; y condenó a Colpensiones además de aceptar dicho traslado, a tener en cuenta los aportes realizados a favor de la demandante y reconocerle pensión de vejez de conformidad con la Ley 797 de 2003 una vez le sean trasladados los aportes por parte de la AFP Porvenir S.A.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación el cual le fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita la recurrente se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones; para lo cual aduce en primer término que para el año 1995 su representada brindó a la demandante una información completa clara y comprensible a la luz de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, pero que como dicha información era suministrada de manera verbal no es posible aportar un documento adicional al propio formulario de afiliación.

Señala que la servidora judicial de primer grado declaró la ineficacia del traslado de la demandante en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, precepto que hace alusión a actos que impidan o atenten contra la afiliación del trabajador, lo que a su juicio supone un dolo que no fue probado ni manifestado dentro del proceso.

Aduce en el mismo sentido que no se puede restar valor probatorio y desconocer el formulario de afiliación, puesto que se realizó de conformidad con la Ley 100 de 1993; y que en todo caso no se indica cuál



sería el documento que se les exige a las administradoras para demostrar que la demandante ha estado válidamente afiliada al RAIS.

Agrega que las proyecciones del derecho pensional de la demandante no eran un requisito sine quanon para el año 1995 y que si su representada las hubiera realizado no habría podido tener datos ciertos en la medida que el cálculo depende de circunstancias que le eran ajenas, como la vida probable de la demandante sus beneficiarios y cosas adicionales.

En similar sentido aduce que la demandante permitió los descuentos con destino al fondo privado, sin que existiera algún tipo de inconformidad, validando de esa forma su deseo de permanecer al RAIS, y que existe ratificación no únicamente por la cantidad de tiempo que permaneció en dicho régimen, sino porque generó actualización de datos y cambios de clave lo que a su juicio supone unos actos de relacionamiento, que confirman que el deseo de la demandante era permanecer durante de todo este tiempo al régimen de ahorro individual.

De otra parte, sostiene que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que establece la Ley 797 de 2003, la cual fue declarada exequible mediante la sentencia C-1024 de 2004, previniendo aspectos de interés general por encima del particular con la no descapitalización del régimen de prima media con un principio de estabilidad financiera en el RAIS y que por esa razón no es dable que la demandante se escude en una supuesta falta al deber de información, simplemente porque su plan de pensión no resulta acorde con sus aspiraciones.

Afirma que la Ley 100 de 1993 prevé que en el régimen de prima media con prestación definida también se genera un 3% de la cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes,

los que, al no formar parte integrante de la pensión de vejez, a su juicio sí se encuentran sujetos al término trienal de prescripción.

Afirma que de acuerdo con conceptos de la Superintendencia Financiera de Colombia, cuando se genere una ineficacia los únicos dineros que se deben retornar son los aportes y rendimientos, sin que procede la devolución de la prima previsional de seguro, en consideración a que la compañía de seguros ya cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y que tampoco procede una devolución de gastos de administración, lo que además genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y de ser así, si esta



última se encuentra obligada al pago de la pensión de vejez de la demandante de acuerdo con la Ley 797 de 2003.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga³,

³ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearla y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adocinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "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



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue

y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."



su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones; obligación que por ende es concomitante a la creación del régimen de ahorro individual, de allí que la máxima Corporación de Justicia Laboral, acuda a lo que al efecto prevé no solamente el estatuto Financiero, sino el artículo 1604 del Código Civil. Máxime cuando la negación de la falta de suministro de la información es de carácter indefinido y por ende al tenor de lo que prevé el artículo 167 del C.G.P. no requieren prueba por parte de quien la manifiesta.

En tal sentido, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. debió ofrecer a la demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a dicho monto pensional, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida; sin que para el efecto sea exija algún medio de prueba en particular.



Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación de la demandante en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, *“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social”* lo que de contera permite al afiliado conservar los rendimientos causados, criterio que ha sido reiterado entre otras en sentencia SL4360 de 2019; de manera que ningún reproche merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.



Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Ahora bien, en lo que respecta al reconocimiento de la pensión de vejez conforme lo establecido en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, mediante el cual se modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, los requisitos para el reconocimiento de la prestación de vejez a partir del 1° de enero de 2014 para el caso de las mujeres es el cumplimiento de los 57 años de edad y la acreditación de 1300 semanas de cotizaciones, requisitos que se encuentran acreditados dentro del plenario.

Lo anterior en cuanto de acuerdo con la correspondiente cédula de ciudadanía la demandante nació el 23 de febrero de 1960 y, conforme con



las certificaciones expedidas por la propia demandada⁴ para el 4 de agosto de 2016 a lo sumo contaba con 1.546,43 semanas de cotización, razón por la que se confirmará la decisión de primer grado.

Ahora, en cuanto se dispuso por parte de la servidora judicial de primer grado el reconocimiento de la prestación una vez Colpensiones reciba por parte de la AFP Porvenir S.A. el traslado de los aportes de la demandante, ante la no verificación de la novedad de retiro, y tal aspecto no fue motivo de inconformidad por la parte actora, no resta a la Sala más que confirmar la determinación que frente al reconocimiento de la prestación de vejez adoptó la servidora judicial de primer grado.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

⁴ Cfr fls 69 y 167 del expediente digitalizado.



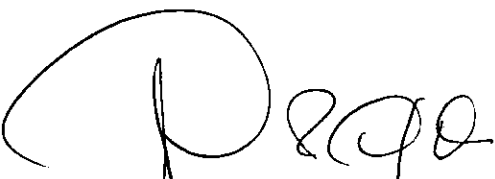
SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo veta. proced*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 002 2018 00741 01. Proceso Ordinario Martha Cecilia Fajardo contra Colpensiones y otras (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 6 de diciembre de 1996, por medio del cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad; para que como consecuencia de ello se condene Colpensiones a recibirla como afiliada cotizante, y a la Sociedad Administradora de Fondos

de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a la liberarla de sus bases de datos y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació 29 de octubre de 1965 que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales desde el 1° de septiembre de 1986 en donde continuó cotizando hasta el 6 de diciembre de 1995, data en la que afirma se trasladó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Adujo que en visita efectuada por el Asesor de Porvenir S.A., éste le ofreció el beneficio de pensionarse a más temprana edad y que el monto de su pensión sería más alto que el que le reconocería el Instituto de Seguros Sociales, y le manifestó que este último se iba a acabar.

Afirmó que Agente Comercial de la referida AFP le indicó que si al cumplir la edad no quería pensionarse podría solicitar se le devolviera el capital que tuviera acumulado a dicha fecha sin restricción alguna.

Señaló que no se le informó al momento de la afiliación el monto del capital requerido en la AFP Porvenir S.A. para obtener una pensión en renta vitalicia y retiro programado; y que tampoco se le dio a conocer el plazo que tenía para retornar al régimen de prima media con prestación definida; ni se le efectuó la proyección de su pensión, mostrando la diferencia que recibiría en el régimen de prima media con prestación definida.

Agregó que el formulario de afiliación que suscribió no presenta la información suficiente, clara y concisa que le permitiera la mejor decisión respecto de su perspectiva pensional.

Una vez notificadas las accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ adujo que no es procedente la declaratoria de la nulidad y se reactive la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, en tanto que, antes de su traslado la demandante se encontraba afiliada a la Caja de Previsión Social y que por tal razón es la UGPP la encargada de responder dichos afiliados conforme lo dispuesto en el Decreto 4269 de 2011. Propuso las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, entre otras.

Por su parte la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.² adujo en síntesis que la afiliación de la demandante fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños tal como se observa en la solicitud de afiliación, y que siempre le garantizó el derecho al retracto. Propuso las excepciones de mérito de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación.

La *aquo* declaró la nulidad de la afiliación y traslado efectuado por la demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías Porvenir S.A. a la cual condenó a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante sin lugar a descuento alguno; y ordenó a Colpensiones aceptar dichos valores y tener a la demandada como afiliada como si nunca se hubiera trasladado.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

¹ Cfr fls 73 a 86 del expediente digitalizado.

² Cfr fls 146 a 175 del expediente digitalizado.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de Colpensiones aduce que, no es de recibo que la demandante pretenda retornar al régimen de prima media con prestación definida en tanto que para el 14 de noviembre de 2018, fecha en que la demandante solicitó el traslado, se encontraba dentro de la prohibición legal que establece el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, al contar con 53 años de edad.

Agrega en el mismo sentido que desde el año 2004 se ha buscado la protección del fondo común del régimen de prima media por medio del principio de la sostenibilidad financiera y que la declaratoria de la nulidad del traslado produce una descapitalización del sistema en el entendido que la demandante no ha sido tomada en cuenta dentro de la reserva actuarial con la que cuenta su representada para el pago de los derechos pensionales de sus afiliados, puesto que desde el año 1995 la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS.

En relación con la carga de la prueba aduce que conforme lo señaló esta Corporación con ponencia del Magistrado Carlos Andrés Vargas, los vicios de error, fuerza y dolo deben ser demostrados por la parte que lo aleguen y no puede ser trasladado a la entidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 167 del C.G.P.

Afirma en el mismo sentido que resulta desproporcionado poner la carga de la prueba en cabeza de los fondos, más aun en Colpensiones, que es la entidad más afectada en lo atinente a la sostenibilidad del sistema pensional; máxime cuando el traslado se produjo hace más de 25 años, siendo por tanto imposible probar las circunstancias que rodearon el traslado, pues para esa fecha no era obligatorio dejar un registro documental al respecto.

Sostiene que existe una errónea interpretación del artículo 1604 del C.C., pues hace que la responsabilidad de los fondos sea objetiva, pues no exige del demandante aportar soporte que demuestre la existencia de algún vicio para el momento de la afiliación al RAIS y si traslada toda la carga probatoria al fondo, lo que a su juicio quiebra las cargas probatorias en esta clase de procesos.

Aduce en el mismo sentido que los potenciales pensionados tienen la obligación de asesorarse, conforme lo establece el Decreto 2241 del 2010, el cual establece el régimen de protección al consumidor financiero y determina cada una de las obligaciones en cabeza de los afiliados; y que de acuerdo con el mismo, en tanto la demandante no solicitó información sobre su futuro pensional, incumplió sus obligaciones como consumidor financiero y convalidó su afiliación al RAIS.

Afirma que las condiciones y características del RAIS se encuentra prevista en la Ley y que por tal razón su ignorancia no es excusa para infringirla y que el silencio en el transcurso del tiempo se entiende como una decisión consciente de permanecer en dicho régimen seleccionado; y la única manera de desvirtuarla es demostrar la existencia de una fuerza que vicie el consentimiento.

Finalmente solicita de un lado, que se revoque la condena en costas en contra de su representada en tanto no participó en el acto que se declara nulo y de otro, que la obligación de su representada debe estar sujeta a la condición previa de que la AFP Porvenir normalice la afiliación en el sistema de administración de fondos de pensiones, con la devolución de los aportes con la respectiva indexación.

A su vez el apoderado de la AFP Porvenir S.A. solicita se revoque la totalidad de la sentencia de primera instancia, y en su lugar se absuelva a su representada.

Aduce el recurrente en primer término que la decisión de primer grado desconoce el precedente jurisprudencial sentado por la Corte Suprema de Justicia en tanto que en senda jurisprudencia ha indicado que lo que en estos casos lo que se busca es la ineficacia en sentido estricto, y en el asunto lo que se declaró fue la nulidad del traslado, sin señalar que clase de nulidad fue la que se aplicó, es decir, si fue una nulidad absoluta o relativa; resaltando que la nulidad relativa no puede ser declarada de oficio y que no se acreditó algún vicio en el consentimiento.

Sostiene que se omitió en primera instancia el análisis de elementos fundamentales y que con su decisión se está perjudicando a la demandante, puesto que cuenta tan solo con 545 semanas y esta situación hace que su situación en el régimen de prima media sea más gravosa porque tiene que alcanzar 1300 semanas al cabo que en el RAIS tan solo requiere 1150 semanas; y que además al dejar de efectuar algunos aportes se le está permitiendo beneficiarse de su propia culpa.

En punto a las consecuencias jurídicas de la nulidad o ineficacia aduce que si las cosas se retrotraen al estado inicial, no entiende por qué su representada debe trasladar los rendimientos financieros, y que si se asegura que nunca estuvo en el régimen de ahorro individual, no se entiende la causación de dichos dineros, razón por la que a su juicio se propende por un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

Señala en torno a los gastos de administración que el efecto de la ineficacia, en caso de que ésta sea declarada, no es retrotraer las cosas a su estado original y que en ese sentido la sentencia C-345 de 2017 se deben ceñir

a las normas que así lo establecen y que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no prevé que el efecto sea retrotraer las cosas al estado original y por esa razón el traslado de los dineros debe realizarse conforme con el artículo 113 del mismo conjunto normativo, el cual no trae los emolumentos económicos.

Asevera en el mismo sentido que existe una senda contradicción en tanto que si se asegura que la demandante nunca estuvo en el RAIS y que las cosas se retrotraen al estado original de acuerdo con el artículo 1746 del C.C., se tendría que obligar a la demandante a entregar los ejercicios financieros que su representada generó.

Arguye que en tanto los gastos de administración no se destinan a la financiación de la pensión, porque en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se descuentan tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el RAIS y que por esa razón no gozan de la protección de imprescriptibilidad y que la propia Corte Suprema de Justicia señala que los estados jurídicos y los hechos no prescriben pero que los derechos crediticios que de ellos se desprenden sí y que por tal razón sí resulta procedente aplicar dicho medio exceptivo en relación con los gastos de administración.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga³, posición

³ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

“Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearla y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las

que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la

pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "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 la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."

carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones; obligación que por ende es concomitante a la creación del régimen de ahorro individual, de allí que la máxima Corporación de Justicia Laboral, acuda a lo que al efecto prevé no solamente el estatuto Financiero, sino el artículo 1604 del Código Civil. Máxime cuando la negación de la falta de suministro de la información es de carácter indefinido y por ende al tenor de lo que prevé el artículo 167 del C.G.P. no requieren prueba por parte de quien la manifiesta.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. debió ofrecer a la demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a dicho monto pensional, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

No desconoce la Sala que tal como lo ha reconocido la máxima Corporación de Justicia Laboral, el cumplimiento obligaciones que se han impuesto a las administradoras de fondos de pensiones ha tenido diversas etapas; sin embargo, la obligación de suministrar la información clara, comprensible y



oportuna se desprende de lo que al efecto estableció el Decreto 663 de 1993, norma vigente para el momento de la afiliación de la demandante. Obligación que en modo alguno se puede ver afectada por los deberes del consumidor financiero, máxime cuando el conjunto normativo que los previó fue posterior al acto de afiliación y que por demás prevé que “...*toda decisión por parte del consumidor financiero deberá contener la manifestación expresa de haber recibido la capacitación e información requerida para entender las consecuencias de la misma o en su defecto la manifestación de haberse negado a recibirla*”.

Sentado lo anterior, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*”, por consiguiente, la Sala modificará la decisión de primer grado a efectos de declarar la ineficacia del traslado de la demandante a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A..

Ahora, interesa advertir que aun cuando al momento del traslado la demandante se encontraba afiliado a la Caja de Previsión del Distrito y que no registra aportes a Colpensiones, ello no es óbice para declarar que se encuentra válidamente afiliada a ésta última entidad, en la medida que de acuerdo con lo previsto en el artículo 2° de Decreto 1068 de 1995 los servidores de los entes territoriales, vinculados a las cajas de previsión, a partir del 30 de junio de 1995 podían seleccionar el RPMD del entonces ISS hoy Colpensiones o el RAIS; y al tenor de lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 una vez si deja sin efecto el traslado de la demandante la afiliación “...*podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador*”.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, aspecto motivo de inconformidad por parte de la AFP Porvenir, corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, *“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social”* lo que de contera permite al afiliado conservar los rendimientos causados, criterio que ha sido reiterado entre otras en sentencia SL4360 de 2019; de manera que ningún reproche merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la

obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Atendiendo los argumentos expuestos por la apoderada de Colpensiones, debe advertirse que esta entidad cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Finalmente, en lo que respecta a la imposición de condena en costas en contra de Colpensiones, en tanto que dicha entidad no intervino en el acto cuya ineficacia se declara se revocará la condena impuestas por este concepto a efectos de que las mismas sean asumidas únicamente por la AFP Porvenir S.A.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

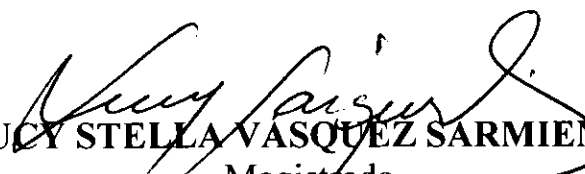
PRIMERO.- MODIFICAR la sentencia apelada, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al de Ahorro Individual por Solidaridad, de conformidad con las consideraciones expuestas en la sentencia.

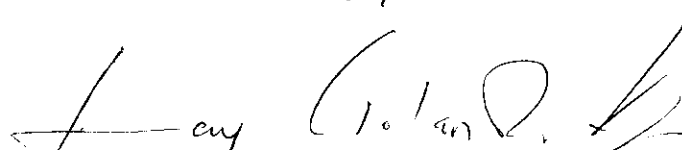
SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia a efectos de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

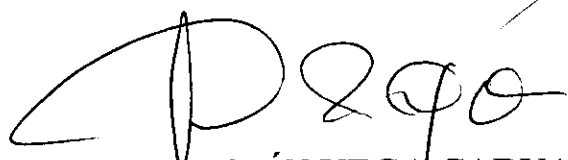
SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO.- COSTAS. En primera instancia a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; y sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110013105 026 2018 00590 01. Proceso Ordinario de José Antonio Pacheco Valbuena contra Wanda Poloché Viuche. (Fallo de Segunda Instancia).	
---	--

En Bogotá D. C., nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA:

JOSÉ ANTONIO PACHECO VALBUENA convocó a WANDA POLOCHE VIUCHE, para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de existencia de contrato de trabajo: cesantías e intereses, prima de servicios, vacaciones, sanción por no consignación de cesantías, aportes a Seguridad Social, indemnización moratoria y costas del proceso.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:

Inició a laborar con la demandada el 16 de noviembre de 2017 en establecimiento Vidrios Mazuren, como ayudante en mensajería, radicar



facturas, realizar consignaciones, entrega de correspondencia según el lugar asignado y todas las actividades propias del cargo a nivel externo y cuando no se le requería en el área de mensajería debía prestar sus servicios en el área de archivo, prestando sus servicios en la calle 163 No. 18a-65.

El 1 de septiembre de 2018 presentó renuncia voluntaria debido a los malos tratos que le daban sus jefes, la demandada y Wilson Ibáñez Mogollón, por no haber sido afiliado al Sistema de Seguridad Social a pesar del riesgo laboral al que se encontraba al manejar vidrio.

Como retribución a su servicio recibía \$850.000 mensuales, cumpliendo un horario de 8:00 am a 6:00 pm de lunes a sábado; el 19 de septiembre de 2018 presentó derecho de petición solicitando liquidación de prestaciones sociales al cual se le otorgó respuesta el 21 de septiembre negando los hechos y pretensiones.

Durante la relación laboral la demandada no lo afilió a Seguridad Social, no le pagó cesantías e intereses, vacaciones y prima de servicios; presentó nuevamente petición para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y certificación laboral pero no fue atendida ninguna de sus solicitudes.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 15 de enero de 2019. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderado procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos los negó la mayoría y los restantes los aceptó; propuso las excepciones de mérito

de inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de obligación, cobro de lo no debido, falta de título y causa, buena fe, y la genérica.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 6 de noviembre de 2019, ABSOLVIENDO de las pretensiones a la demandada y se abstuvo de imponer costas.

Inconforme con la decisión la apoderada de la activa interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Sostuvo que se demostró que el actor laboró para la demandada desde el 16 de noviembre de 2017 hasta el 1 de septiembre de 2018 cumpliendo sus funciones en horario exigido por la demandada, evadiendo sus responsabilidades como empleador.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo, ya que no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

La acreditación de la prestación personal del servicio constituye el elemento fundante para presumir la existencia del contrato de trabajo, pero no plena



prueba de aquél, ya *“que las presunciones no son medios de prueba sino que, más bien, son un razonamiento orientado a eximir de la prueba. Se podría decir, en suma, que las presunciones no son un medio de prueba pero sí tienen que ver con la verdad procesal”* <<Sentencia C-731 del 12 de julio de 2005>>, precisamente porque lo que consagran las presunciones son la transformación de la carga de la prueba, es decir, que en quien recae, en este caso, a quien se endilga la condición de empleador, a través de los medios de convicción desvirtuarla, pues son estos los que legítima y válidamente constituyen el soporte para resolver el entuerto jurídico, a voces de lo normado en el ordenamiento procesal jurídico y Superior, que para los intervinientes en juicio constituyen el instrumento a través del cual ejercen su derecho de acción y contradicción y defensa, y para el encargado de dirimir la controversia su soporte, ya que toda decisión debe sustentarse en los medios probatorios oportunamente allegados a la controversia, como lo consagra el artículo 164 del ordenamiento procesal general, lo que significa que el operador judicial debe resolver sobre la viabilidad del derecho sometido a consideración, única y exclusivamente con sujeción a los medios probatorios que fueron solicitados, decretados y evacuados para soportarlo o desconocerlo, pues esta es su finalidad.

En Sentencia SU 132 del 26 de febrero de 2002 la Corte Constitucional, expresó *“(...) si bien es cierto que la Constitución en su artículo 228 establece que en las actuaciones de la administración de justicia el derecho sustancial prevalece sobre las formas, también lo es que por el fin que éstas cumplen en relación con el primero, no pueden ser desconocidas sin fundamento alguno, ni consideradas como normas de categoría inferior. La finalidad de las reglas procesales consiste, entonces, en otorgar garantías de certeza a la demostración de los hechos que fundamentan el reconocimiento de los derechos sustanciales y este propósito claramente obtiene respaldo constitucional, como así lo ha expresado esta Corporación: ‘Una cosa es la primacía del derecho sustancial, como ya se explicó, y otra, la prueba en el*



proceso de los hechos y actos jurídicos que causan el nacimiento, la modificación o la extinción de los derechos subjetivos, vale decir, de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Pretender que el artículo 228 de la Constitución torna inexecutable las normas relativas a la prueba, o la exigencia misma de ésta, es desconocer la finalidad de las pruebas y del proceso en sí”.

La prestación del servicio que exige el artículo 23 del ordenamiento positivo como elemento esencial del contrato de trabajo, es la personal -intuitu personae- que sólo es atributo de las personas naturales por existir en el espacio físico y del cual carecen las personas morales por cuanto sólo existen en el mundo jurídico, tal como lo establece el artículo 22 ibídem al consagrar que en el contrato de trabajo una persona natural se obliga a prestar un servicio a otra persona natural o jurídica, por esa razón con protección Superior dado el carácter tuitivo de los derechos mínimos del empleado como parte débil de la relación de trabajo.

Así las cosas, aunque la acreditación de la prestación personal del servicio es una carga procesal de la activa, no significa que constituya prueba para endilgar que estuvo regida por contrato de trabajo, ya que la accionada a quien se le endilga la condición de empleadora puede desvirtuar que no los prestó o que no fueron subordinados como elemento que lo caracteriza e identifica, de suerte que si así sucede, no produce efectos la presunción legal estatuida en el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo para concluir que los servicios prestados se rigieron por contrato de trabajo.

Es además de la esencia de la relación de trabajo, el carácter retributivo del servicio, precisamente porque constituye otro elemento esencial del contrato de trabajo, que asume el empleador como beneficiario de la labor contratada, elemento que identifica la onerosidad de las relaciones de trabajo.



La prueba obrante a los autos, valorada en conjunto como lo exige el ordenamiento procesal laboral vigente bajo el principio científico que informa su sana crítica permite concluir con acierto jurídico que el actor no prestó servicios personales a la demandada, considerando que en el interrogatorio confiesa que prestó indistintamente servicios a la convocada y a Wilson Ibáñez, cónyuge de la accionada, no existiendo prueba que respalde su aserto siendo carga probatoria hacerlo, y el establecimiento de comercio donde afirma cumplió la actividad, de acuerdo con certificado de cámara de comercio, únicamente aparece como propietaria la accionada.

La declarante Luz Marina González Forero, desconoce la existencia de cualquier tipo de vínculo del accionante con la demandada, limitándose a indicar que en varias ocasiones observó que entraba y salía del establecimiento, y pese a indicar que creía que trabajaba en ese lugar, termina indicando que no estaba segura porque no sabe nada, ni del establecimiento ni del cumplimiento de alguna actividad, porque se dedica al hogar y atención de sus nietos, sólo manifiesta con certeza que conoció al demandante desde el 17 febrero de 2018, porque la demandada lo llevó a su casa para tomar en arriendo una habitación y que trabaja en Rappi.

En el mismo sentido, Doris Merchán Barros, sostiene en su versión que avistó al demandante ocasionalmente en el establecimiento de comercio, porque frecuentaba el sector con elementos de Rappi, percibiendo esa situación porque posee dos establecimientos de comercio muy cerca, siendo vecina con la convocada, quien posee el establecimiento a muy pocos metros.

La versión de Wilmar Xavier Peña Barón, pese a que refiere de conocimiento de vínculo laboral entre las partes, su versión resulta parcializada, subjetiva y contradictoria, restándole credibilidad, y en este punto es preciso efectuar llamado de atención al juzgado para que en lo sucesivo adopte medidas que repriman la grosería y altanería de los testigos. El citado aduce en forma



amañada que el vínculo inició en septiembre de 2017, en contradicción a la versión del actor que reclama una supuesta vinculación desde mediados de noviembre de esa anualidad, y el ingreso al país del actor, de acuerdo con informe de migración, data del 21 de octubre de 2017. Y pese a que en forma altanera expresa que no tiene por qué saber de las condiciones de trabajo y desconoce a la demandada, asume subjetivamente que era la esposa del dueño de la vidriera; en forma contradictoria indica que sólo en varias ocasiones trasladó al demandante al establecimiento, termina diciendo que lo llevaba todos los días durante los tres primeros meses, de la pretendida relación de trabajo, la cual contrario a lo reclamado, expresa que el demandante fue empleado por el esposo de la convocada.

Las capturas de whatsapp que pretendió allegar como prueba, no cumple los requisitos para ese propósito <<Ley 527 de 1999>>, de tal suerte que la aludida prestación personal del servicio como primer elemento esencial del contrato de trabajo, que correspondía acreditar a la activa como carga procesal que le impone el ordenamiento jurídico, no fue acreditada, lo que conducía a la inaplicabilidad de presunción de contrato de trabajo consagrada en el artículo 24 del ordenamiento sustantivo del trabajo, de contera la inexistencia del contrato de trabajo que se pregona y reclama, además, de asumir hipotéticamente su existencia, conduciría necesariamente a la improsperidad de cualquier súplica, ya que no existe forma de establecer su temporalidad.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

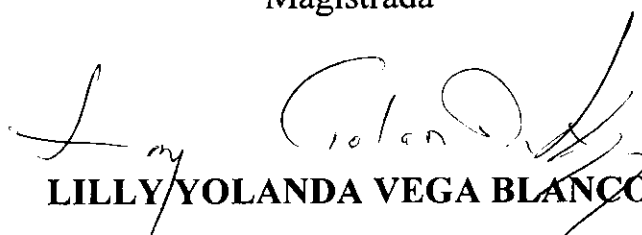


RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la activa, inclúyase la suma de \$500.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Esta sentencia se notificará por Edicto.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY/YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-038-2018-00300-01. Proceso Ordinario de Feliz Arturo Forero Medina contra Colpensiones (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte actora frente a la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el 5 de marzo de 2019.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez contenida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, junto con la indexación respectiva, los intereses moratorios y las costas del proceso.



Ref.: radicación No. 11-001-31-05-038-2018-00300-01 Félix Arturo Forero Medina
contra Colpensiones (Apelación Sentencia).

Dichas súplicas tienen respaldo en la narración que efectuó el demandante, según el cual nació el 17 de septiembre de 1952, por lo que al momento de radicar la demanda contaba con 65 años de edad; que cotizó en el sector privado por espacio de 11 años, 8 meses y 14 días; que el actor también laboró al servicio del Instituto Nacional de Viviendas de Interés Social y reforma urbana “INURBE” y en la Escuela Superior de la Administración Pública “ESAP” por espacio de 29 años, 9 meses y 29 días, los que fueron tenidos en cuenta por parte de la UGPP en la resolución No. 004064 del 6 de febrero de 2014, para reconocer la pensión vitalicia de vejez por la suma de \$699605, efectiva a partir del 1º de diciembre de 2013; que se solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez ante Colpensiones el 4 de mayo de 2015, la que fue negada mediante resolución GNR 275955 del 8 de septiembre de 2015, no obstante, se elevó nueva petición el 1º de febrero de 2018 y que fue despachada de forma desfavorable mediante acto administrativo SUB 39670 del 13 de febrero de 2018.

El *aquo* absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que el derecho reclamado resultaba incompatible con la prestación de vejez que reconoció en su favor la UGPP.

Inconforme con la decisión, la apoderada del demandante, interpuso recurso de apelación, en el que aduce que el Juzgado se apartó de la aplicación del artículo 6º del Decreto 1730, así como de la sentencia C 742 de 1999, ya que se advierte que en el caso del actor, el mismo devenga un salario mínimo legal mensual vigente con ocasión de sus 30 años de servicios al estado, la que fue concedida con una tasa de reemplazo del 75%, siendo lo correspondiente en el equivalente al 85%, por lo que el Estado no tiene porqué enriquecerse sin causa con los aportes de los afiliados, más aún, cuando las cotizaciones son anteriores a la vinculación pública, por lo que se debe revocar la decisión de primer grado en su integridad.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

En virtud del recurso de apelación interpuesto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 66A del C.P.T. y S.S. el análisis de la Sala se circunscribe a determinar si resulta procedente el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a favor del demandante, por cuenta de los aportes que acumula ante la demandada; a pesar de que percibe pensión de vejez por parte de la UGPP.

Con tal propósito corresponde determinar en primer término si el demandante acredita los requisitos legales para acceder al reconocimiento de la indemnización sustitutiva y de ser así, si este beneficio resulta compatible con la pensión de jubilación que actualmente percibe.

En ese orden, comienza la Sala por señalar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, son tres los requisitos que el Legislador previó para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el primero de ellos es que el afiliado haya cumplido la edad para el reconocimiento de la pensión de vejez, el segundo es que no haya alcanzado la densidad de semanas necesaria para el reconocimiento de la prestación; y el tercero, que manifieste la imposibilidad de continuar cotizando al Sistema General de Pensiones.

Revisado el expediente, se observa que el demandante acredita los requisitos necesarios para proceder con el reconocimiento de la indemnización deprecada, pues de la Resolución GNR 275955 del 8 de septiembre de 2015,



Ref.: radicación No. 11-001-31-05-038-2018-00300-01 Félix Arturo Forero Medina
contra Colpensiones (Apelación Sentencia).

la Resolución SUB 39670 del 13 de febrero de 2018, el registro civil de nacimiento y la fotocopia de la cédula de ciudadanía del actor, se desprende que el demandante nació el 17 de septiembre de 1952, cotizó un total de 936 semanas y manifestó ante la demandada bajo la gravedad de juramento, la imposibilidad de continuar cotizando¹.

Así se afirma, en tanto la parte demandante cumplió la edad mínima para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez que establece la Ley 100 de 1993 el 17 de septiembre de 2012, la densidad de semanas cotizadas no le permite acceder a una pensión de vejez, en tanto si bien conservó el régimen de transición, también lo es, que no cotizó 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de pensión (167.16 semanas), ni 1000 semanas en toda la vida laboral (936 semanas) y manifestó ante la demandada la imposibilidad de continuar cotizando al sistema; supuestos exigidos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

En tal sentido, establecidos como se encuentran los supuestos previstos para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, corresponde determinar si la misma resulta compatible con la pensión que actualmente percibe el demandante por parte de la UGPP.

Con tal propósito interesa a la Sala precisar que la prestación de vejez que se reconoció al demandante por parte de la UGPP, le fue reconocida mediante la Resolución No. 63245 del 31 de diciembre de 2008 y reliquidada mediante acto administrativo RDP 004064 del 6 de febrero de 2014, dicha prestación le fue reconocida conforme con la Ley 33 de 1985 con ocasión a los servicios que el demandante prestó a la Inurbe y a la ESAP BOGOTÁ hasta el 30 de noviembre de 2013.

¹ Cfr. Fl. 27.



Ref.: radicación No. 11-001-31-05-038-2018-00300-01 Félix Arturo Forero Medina
contra Colpensiones (Apelación Sentencia).

Dilucidado lo anterior, debe indicarse que en efecto es procedente el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en favor del actor, como quiera que los aportes que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la prestación, son los laborados al servicio de las entidades públicas a las que ya se hizo referencia con anterioridad y los que se reclaman de Colpensiones son los aportados mediante empleadores de naturaleza privada, que no fueron tenidos en cuenta para el reconocimiento de la prestación concedida por parte de la UGPP, ni para la reliquidación de la misma, por lo que se advierte que su financiación provienen de fuentes diferentes, siendo procedente el reconocimiento de la prestación reclamada.

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha efectuado pronunciamiento en sentencia con radicado No. 82767 del 30 de enero de 2019, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que se indicó:

“En efecto, frente a la naturaleza de los recursos administrados por Colpensiones, esta Sala en sentencia CSJ SL 5792 de 2014, reiterada en CSJ SL4538-2018, dijo que:

...en relación a si la accionante no puede recibir dos pensiones del erario público, esta Corporación ha dicho que las prestaciones que tienen su fuente en el sistema general de pensiones, no provienen del tesoro público, pues sus recursos ostentan la condición de parafiscales, ya que los mismos son un patrimonio de afectación, es decir, los bienes que lo conforman se destinan a la finalidad que indica la ley; en tal sentido, sobre esos patrimonios no puede ejercerse disposición alguna, razón por la cual, solo se otorga el carácter de administradoras a las entidades que conforman los diferentes regímenes (artículos 52 y 90 de la ley 100 de 1993), a quienes se confía su gestión.

De tal manera, aun cuando el Instituto de Seguros Sociales, es el encargado de reconocer y pagar las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes, esta es una situación que no apareja la propiedad del fondo económico con el que se financian



Ref.: radicación No. 11-001-31-05-038-2018-00300-01 Félix Arturo Forero Medina
contra Colpensiones (Apelación Sentencia).

esas prestaciones, pues se reitera, solo actúa como su administrador; además, aun cuando en la Constitución Política se hace una distinción de las entidades que contribuyen a conformar el tesoro público, entre ellas, las descentralizadas (de las que hace parte el ISS, por ostentar el carácter de empresa industrial y comercial del estado), solo integran dicho erario los bienes y valores que le sean propios, y como las reservas pensionales, no son de su propiedad, no hacen parte de ese concepto. Al efecto puede consultarse las sentencias CSJ SL, 27 Feb 2003, Rad. 37453, CSJ SL, 6 Mayo 2010, Rad. 37453, y CSJ SL, 19 Nov. 2013, Rad. 41306. (...)".

En las condiciones analizadas, considera la Sala que sí resultan compatibles la pensión de vejez que reconoció la UGPP, con la indemnización sustitutiva que acá se reclama; razón por la que se ha de revocar la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado, para en su lugar condenar a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 1730 del año 2001, la cual se liquidará a la fecha en que se elevó la solicitud, y se indexará a la fecha en que se efectúe el pago efectivo.

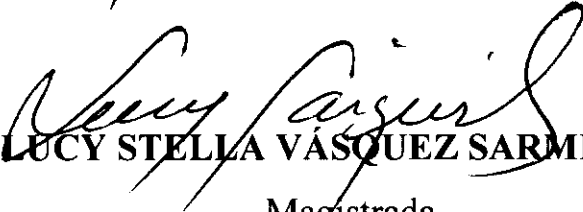
Hasta aquí el análisis de la Sala, ante la prosperidad del recurso no se impondrá condena en costas en esta instancia, las de primer grado se encuentran a cargo de la demandada.

DECISIÓN:

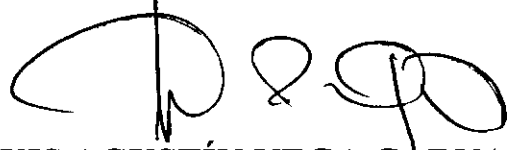
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE REVOCAR** la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada a efectuar el pago indexado de la indemnización sustitutiva de la pensión de

vez, de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva del presente proveído.
COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia, las de primer grado a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL

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

Magistrada: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-023-2019-00367-01. Proceso Ordinario de Beatriz Concepción Pinzón Cantillo contra Aerovías del Continente Americano S.A. “AVIANCA S.A.” (Apelación auto).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **AUTO**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada, en contra del auto proferido por el Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad, el 3 de junio de 2020, mediante el que se resolvió sobre la solicitud de Litis consorcio necesario por pasiva.

ANTECEDENTES:

Para efectos del recurso, es del caso señalar que el demandante pretende se declare que es procedente el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación consagrada en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 a partir del 21 de noviembre de 2011, la que deberá ser debidamente indexada entre el 30 de noviembre de 1989 y la fecha de su reconocimiento, arrojando un valor



de 3.942.754,66, con una proporción del 68.82% del promedio salarial del último año de servicios, junto con sus incrementos anuales, los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o de forma subsidiaria, se condene a la indexación de la pensión restringida de las mesadas causadas y las costas del proceso.

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, la demandada propuso la excepción previa de no comprender la demandada a todos los litisconsortes necesarios, respecto de la Administradora Colombiana de Pensiones; argumentando en esencia, que dicha entidad debe informar sobre el pago de un cálculo actuarial que efectuó Avianca el 2 de febrero de 2012, así como, que es dicha entidad quien debe informar si actualizó la historia laboral de la demandante, ya que es la eventual responsable en el reconocimiento pensional.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante auto pronunciado en audiencia del 3 de junio de 2020, el *aquo* resolvió la excepción previa, declarándola no probada, pues en su criterio, en el litigio no se estudia la pensión legal de vejez, sino la pensión restringida de jubilación, que establece unos presupuestos diferentes para el reconocimiento de dicha prestación; aunado, con que sería suficiente con solicitar a Colpensiones mediante oficio, información respecto al pago del cálculo actuarial y la actualización de la historia laboral.

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandada interpuso el recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO



La impugnante sostiene en síntesis que sí es necesario la comparecencia de Colpensiones en el litigio, como quiera que la defensa de la sociedad, se circunscribe en la subrogación del riesgo con el pago del cálculo actuarial, lo que en últimas convalida la pensión de vejez de la demandante y de forma eventual frente al litigio, podría derivar en la compartibilidad del derecho pensional, así como, que es quien puede dar certeza del pago y de la actualización de la historia laboral.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Comienza la Sala por precisar, que de acuerdo con los motivos de inconformidad expuestos por la recurrente, el análisis de la Sala se contrae a determinar si resulta procedente ordenar la vinculación de la Administradora Colombiana de Pensiones.

A efectos de resolver el motivo de inconformidad de la parte recurrente, se debe recordar que el litisconsorcio necesario se manifiesta cuando la relación de derecho sustancial sobre la cual ha de pronunciarse el juez, está integrada por una pluralidad de sujetos, bien sean activos o pasivos, en forma tal, que no es susceptible de escindirse en tantas relaciones aisladas como sujetos activos o pasivos individualmente considerados existan, sino que se presenta como una sola, única e indivisible, respecto al conjunto de tales sujetos. En consecuencia, un pronunciamiento del juez con alcance sobre la totalidad de la relación no puede producirse con la intervención única de alguno o algunos de los unidos por aquella, sino, necesariamente, con la de todos y, sólo así, queda correcta e íntegramente constituida desde el punto de vista subjetivo, la relación jurídico procesal, pudiendo el juez, en tal momento, hacer el pronunciamiento de fondo solicitado.



En el asunto, concluye la Sala, que la decisión del aquo de no convocar a la Administradora Colombiana de Pensiones en la supuesta calidad de litisconsorte necesario, fue acertado, toda vez que como lo adujo el operador judicial de primer grado, es perfectamente posible decidir de fondo el litigio relacionado con el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación que reclama la parte activa, sin la comparecencia de la entidad encargada de administrar los aportes en el régimen de prima media con prestación definida, de modo que ninguna consecuencia acarrea para la Administradora Colombiana de Pensiones, la decisión final que se tome respecto del objeto de este proceso.

Así mismo, se debe indicar que conforme con las pretensiones de la demanda la integración del litisconsorcio necesario no encuentra sustento, ya que como se indicó en los antecedentes de la presente decisión lo que se busca es el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación y la única entidad que puede reconocer la prestación pensional bajo tal figura es la hoy demandada, más aún, cuando la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha efectuado pronunciamiento frente a la subrogación del riesgo, como en sentencia con radicado SL :

"(...) Así las cosas, de entrada la Sala advierte que el juez de segundo grado incurrió en los yerros jurídicos enrostrados por la censura, como quiera que desde la sentencia CSJ SL818-2013, esta Corte precisó que las pensiones restringidas previstas en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 no fueron subrogadas por Instituto de los Seguros Sociales, como si ocurrió con la pensión plena de jubilación, dado que aquellas conservaron pleno vigor hasta la vigencia de la Ley 100 de 1993, especialmente, porque para causar la pensión de jubilación por retiro voluntario a cargo del empleador no era necesario que, para el momento en que el ISS asumió los riesgos de invalidez,



vejez y muerte, esto es, el 1 de enero de 1967, los trabajadores tuvieran diez años o más al servicio del mismo patrono.

Lo anterior comporta, conforme al criterio jurisprudencial vigente de la Sala, que, con la asunción de los riesgos pensionales por parte del Instituto, el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 mantuvo su vigor y, por consiguiente, las pensiones restringidas allí consignadas no fueron subrogadas por el ISS. (...)”.

En ese orden de ideas, y al no ser necesaria la comparecencia de la Administradora Colombiana de pensiones en el reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación, la excepción propuesta se encuentra llamada al fracaso.

Ahora bien, en lo atinente con la compartibilidad del derecho pensional que aduce Avianca respecto de Colpensiones, se hace necesario enfatizar que tal situación no se establece en el plenario, más aún, cuando en primera medida debería determinarse la viabilidad del reconocimiento de la pensión restringida de jubilación y con posterioridad, si la actora eventualmente tendría derecho a la pensión ya sea plena de jubilación o de vejez legal.

Finalmente, debe indicarse que si bien la demandada aduce que la única entidad que puede informar respecto del pago del cálculo actuarial y la actualización de la historia laboral de la demandante es Colpensiones, también lo es, que se reitera que en el caso bajo estudio no se solicita la pensión de vejez, ni la pensión plena de jubilación, sino por el contrario la pensión restringida, que establece unos presupuestos diferentes a tales prestaciones y por tanto, tales presupuestos no se hacen indispensables en el litigio.



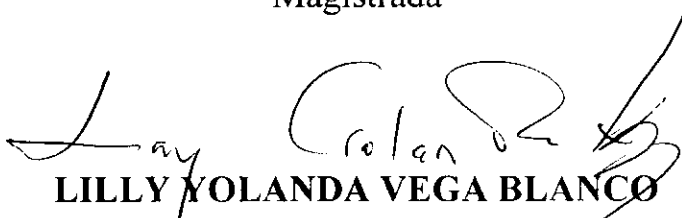
Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-023-2019-00367-01. Proceso Ordinario de Beatriz Concepción Pinzón Cantillo contra Aerovías del Continente Americano "AVIANCA S.A." (Apelación auto).

En las condiciones analizadas, no resta a la Sala más que confirmar la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., **RESUELVE: CONFIRMAR** la providencia dictada en la audiencia llevada a cabo el 3 de junio de 2020, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá. Sin Costas en la alzada. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05 017 2019 00453 02. Proceso Ordinario de José Damián Zúñiga Bustos contra Colpensiones (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para proferir decisión dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

El accionante solicitó mediante el trámite de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que le asiste derecho a que se le reconozca y pague un incremento adicional a su pensión del 14% del salario mínimo por su cónyuge a cargo; se condene a la demandada al pago de los mismos desde la fecha en que se le concedió la pensión de vejez, es decir, desde el 28 de junio de 2004.



Como sustento de sus pretensiones indicó en esencia que le fue otorgada pensión de vejez mediante Resolución 016905 de 2004 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, al ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente.

Señaló que desde el 23 de octubre de 1977 tiene una unión marital de hecho con María Teresa Cendales, la cual constituyeron mediante escritura pública el 6 de noviembre de 2014 y dentro de la que procrearon dos hijos que en la actualidad son mayores de edad.

Adujo que es quien provee el sustento para su esposa, quien no tiene un trabajo remunerado, no recibe renta o pensión alguna y se dedica exclusivamente a las labores del hogar.

El *aquo* absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, al considerar en esencia que el derecho reclamado se encuentra prescrito, de acuerdo con el criterio que al efecto sentó la máxima Corporación de Justicia Laboral.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce la recurrente para el efecto, de un lado que se acreditaron los supuestos fácticos que establece el Decreto 758 de 1990; y de otro que en aplicación de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y



favorabilidad, se debe dar aplicación al criterio jurisprudencial vigente para el momento de la presentación de la demanda.

Aduce en tal sentido que se debe tener en cuenta que en la sentencia T-831 de 2014 se indicó que el derecho pensional es imprescriptible de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, y que en tanto el derecho a los incrementos pensionales es accesoria a ésta en virtud del principio de favorabilidad debe ser integrado y que adoptar una nueva postura bajo el sistema de prescripción va en contra de los referidos principios constitucionales.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho de que no fue objeto de discusión entre las partes que al demandante le fue reconocida pensión de vejez por el Instituto de Seguros Sociales mediante la Resolución 016905 del 28 de junio 2004, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 en condición de beneficiario del régimen de transición que prevé el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; corresponde a la Sala determinar si resulta o no procedente el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% y en caso afirmativo, establecer el momento de su exigibilidad, así como, proceder con el estudio del medio exceptivo de la prescripción.

En punto a la vigencia de los incrementos por persona a cargo corresponde indicar que si bien es cierto que, con posterioridad a la publicación de la sentencia SU 140 de 2019, la Sala en forma mayoritaria se apartó

respetuosamente del criterio allí expuesto por la H. Corte Constitucional, al considerar que en la referida decisión se había abordado el análisis de un punto pacífico en la jurisprudencia sentada por la máxima Corporación de Justicia Laboral; en cumplimiento de fallo de tutela la Sala en forma mayoritaria rectificó su postura mediante sentencia del 4 de marzo de la presente anualidad, para en su lugar adoptar el criterio sentado por la H. Corte Constitucional, en tanto al margen del aspecto formal se acogen los razonamientos de fondo para considerar que los referidos incrementos por persona a cargo fueron derogados con ocasión a la expedición de la Ley 100 de 1993, los que por demás se soportan en un profuso análisis de la jurisprudencia existente en punto al régimen de transición. Al punto se señaló en la referida decisión:

“Ahora bien, como ya se dijo, con la promulgación de la Ley 100 de 1993 el sistema de pensiones hasta entonces vigente sufrió una transformación sustancial cuyo carácter exigió el establecimiento de un régimen de transición que regulara la conversión del sistema anterior al nuevo que lo reemplazó (supra 2.10). Se insiste en que esta transición legislativa partió de la base de que si bien el legislador tenía la facultad de transformar el sistema de pensiones, el cambio inherente a tal mutación no podía afectar desproporcionadamente a aquellas personas que ya se hubieren hecho a derechos pensionales de vejez o, más especialmente, a una expectativa legítima, de corto plazo sobre los requisitos que debían cumplir para acceder a dicha pensión en las condiciones previstas por el régimen anterior.

3.2.7. Ciertamente, si no hubiera existido la derogatoria orgánica del sistema pensional anterior a la Ley 100, no habría existido la necesidad de prever un régimen de transición cuyo objeto consistió en establecer un mecanismo para valorar las expectativas de las personas que, no habiendo todavía llegado a adquirir el derecho de pensión bajo el sistema pensional anterior, se enfrentaban a un trascendental cambio normativo que podía afectar su proyecto de vida en el mediano plazo, en forma desproporcionada frente de la situación de aquellos que se hallaban al inicio de su vida. No sin razón, según la jurisprudencia, uno de los propósitos de los regímenes de transición legal es el de **‘salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior’** (Énfasis fuera de texto); o, en palabras recientes de la Corte que refieren puntualmente al caso



sub examine: 'el régimen de transición busca primordialmente evitar que quienes tenían a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, una legítima expectativa de acceder en un corto plazo a la pensión de vejez, dejen de tener acceso a la misma por nuevas condiciones y requisitos consagrados en la normativa que entra a regir. Así que protege, en primer lugar, el acceso a la pensión manteniendo los requisitos previamente consagrados (edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas) y, además, una garantía mínima de continuidad en lo que se esperaba recibir, esto es, el monto de la pensión.'

3.2.8. Con dicho propósito, la Ley 100 de 1993 dispuso la ultractividad de unos determinados aspectos del sistema pensional anterior, para ciertas personas y por cierto tiempo, protegiendo las expectativas legítimas de tales personas en tanto éstas se refirieran exclusivamente a la adquisición del derecho a la pensión. La Ley 100 previó entonces que algunas normas del sistema pensional anterior conservaran su vigencia, solamente para algunas personas que el legislador concibió como susceptibles de haber ya adquirido una expectativa legítima en cuanto a las características de la pensión que eventualmente adquirirían en un mediano plazo.

(...)

3.2.11. En suma, si cupiere duda sobre la derogatoria orgánica que, por virtud de la expedición de la Ley 100, sufrieron los incrementos que en su momento previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, tal derogatoria se encontraría confirmada con la consagración de un régimen de transición que se diseñó para proteger las expectativas legítimas exclusivamente respecto del derecho a la pensión, pero que no llegó a extenderse a derechos extra pensionales accesorios de dicha pensión, más aún cuando –como sucede con los incrementos que prevé el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no fueron dotados de una naturaleza pensional por expresa disposición del subsiguiente artículo 22 ibíd.

3.2.12. La claridad de lo atrás expuesto no se opone a que la Corte explique las razones por las cuales resulta inadmisibile cualquier argumentación dirigida a apoyar la vigencia del referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 con fundamento en que en el subsiguiente artículo 22 se señaló que el derecho a los incrementos previstos en el artículo 21 “subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen”.

(...)

3.2.16. Finalmente, ha de indicarse que los incrementos pensionales previstos por el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 –esto es, los incrementos “por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión”- corresponden



a uno de los aspectos del antiguo sistema de seguridad social que el Legislador abandonó por no adecuarse a los ideales de justicia contemporáneos (ver jurisprudencia citada en supra 3.1.3.), a que sí pertenece la noción de economía de cuidado.

En efecto, en desarrollo de la obligación de adoptar una perspectiva de género dentro de las actuaciones judiciales, particularmente en procura de hacer efectiva la igualdad material de las mujeres, por ser un hecho socialmente notorio la Corte es consciente de que los cónyuges o compañeros permanentes de que trata el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 mayoritariamente corresponden a los integrantes femeninos de la pareja familiar. Ciertamente, aunque en Colombia el acceso a un empleo formal por parte de las mujeres es relativamente bajo respecto de dicho acceso por parte de los hombres, los niveles de empleo generales sí varían significativamente entre ambos sexos, favoreciendo a los hombres respecto de las mujeres en una relación de 74% a 51% para 2017[173].

La anterior situación es consecuencia de una pluralidad de factores que no están necesariamente asociados a la condición femenina pero que sí favorecen mayores índices de empleo formal por parte de la población masculina, con el consecuente mayor índice de cotización masculina al sistema de seguridad social pensional. Por el contrario, una gran parte de las mujeres se desempeña en labores asociadas a la economía del cuidado; esto es, según la definición del artículo 2º de la Ley 1413 de 2010, la economía que corresponde “al trabajo no remunerado que se realiza en el hogar, relacionado con mantenimiento de la vivienda, los cuidados a otras personas del hogar o la comunidad y el mantenimiento de la fuerza de trabajo remunerado. (...)”. De hecho, de acuerdo con la Cuenta Satélite Economía del Cuidado elaborada por el DANE en cumplimiento de la referida Ley 1413 de 2010, para 2013 “la contribución no remunerada de las mujeres alcanza 16,3% del PIB y la de los hombres 4,1%, situación que refleja el aporte diferencial de unas y otros”.

En vista de lo anterior, se observa que los incrementos previstos en el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron diseñados para ser mayoritariamente aplicables a las pensiones de los miembros masculinos de la pareja familiar, sin que existiera norma alguna que efectivamente le permitiera a los integrantes femeninos de dicha pareja el directo usufructo, incidencia o inversión de los recursos provenientes de dicha pensión, más gravemente, cuando la economía del cuidado requiere de recursos efectivos para funcionar. Es decir, el diseño legislativo de los incrementos pensionales de marras favorece la discriminación de la mujer que, con su aporte a la economía del



cuidado, tuvo una participación más que relevante en el sostenimiento del hogar; razón más que suficiente para que la Corte considere que tal norma debe ceder ante otras más acordes a la vida social contemporánea como parcialmente lo regula la pensión familiar que consagra la Ley 1580 de 2009 o, eventualmente, puede desarrollar el Legislativo con fundamento en la última parte del inciso 11 del artículo 48 superior.

Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y sólo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos."

Dando alcance al criterio jurisprudencial en cita al caso objeto de estudio, considera la Sala, que no es procedente acceder al reconocimiento de los incrementos pensionales deprecados, en tanto, como se advirtió, si bien al demandante se le reconoció la prestación de vejez conforme con el Acuerdo 049 de 1990, ello fue en virtud de la aplicación del régimen de transición, el que tal como lo dice el criterio jurisprudencial en cita, no se previó para los incrementos pensionales por persona a cargo.

En las condiciones analizadas, sea de confirmar la sentencia recurrida en cuanto absolvió a la entidad demandada, pero por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión, esto es ante la inexistencia del derecho pretendido por el accionante.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin condena en costas en las instancias.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE

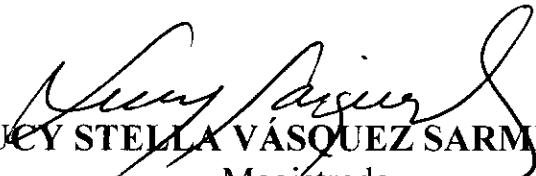


BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

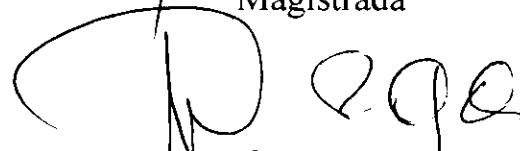
RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de agosto de 2021, pero por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión. **COSTAS**. Sin lugar a su imposición en las instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo veto*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

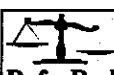
Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 032 2020 00295 01. Proceso Ordinario
Edgar Ortiz Pabón contra Colpensiones y otras (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su traslado al RAIS efectuado a mediados del año 1995 con la administradora Citi Colfondos S.A., hoy AFP Colfondos S.A., porque en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como las desventajas de uno y otro sistema de pensiones, así como la ineficacia de los traslados posteriores, y se retrotraigan las cosas a su estado anterior; se ordene

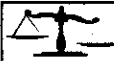


su regreso al régimen de prima media con prestación definida con la totalidad de los aportes realizados, rendimientos financieros, actualización de su historia laboral y el bono pensional a que haya lugar.

En subsidio de las anteriores pretensiones solicitó se declare como válida su afiliación al régimen de prima media con prestación definida teniendo en cuenta que existió multiplevinculación al momento de realizar el traslado con la AFP Citi Colfondos S.A., hoy Colfondos S.A., en tanto que no habían transcurrido el término de tres años para la selección inicial al haberse afiliado al régimen de prima media con prestación definida el 12 de abril de 1994 y al régimen de ahorro individual a mediados del año 1995; y que como consecuencia de ello se ordene a Colpensiones tenerlo entre sus afiliados y ordenando su regreso al régimen de prima media con prestación definida con la totalidad de los aportes realizados, rendimientos financieros, actualización de su historia laboral y el bono pensional a que haya lugar.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que inició sus cotizaciones al ISS a partir del 28 de agosto de 1980 y que el 12 de abril de 1994 con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones realizó su primera afiliación como selección inicial de régimen al de prima media con prestación definida.

Señaló que a mediados del año 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad iniciando cotizaciones en el mes de mayo de la misma anualidad; que a finales del año 2010 se trasladó a la AFP Protección S.A. iniciando cotizaciones en el mes de noviembre del mismo año; y que a mediados del año 2019 se trasladó a la AFP Old Mutual S.A., iniciando cotizaciones en el mes de agosto del referido año.



Afirmó que los Asesores Comerciales de las referidas AFP no le brindaron información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas, tanto del régimen de ahorro individual con solidaridad como del régimen de prima media con prestación definida, en relación con su situación personal, sino que se le ilustró solo acerca de las ventajas que podría obtener al cambiarse de régimen.

Indicó que la AFP Old Mutual le realizó una simulación pensional dentro de su plan de vida pensional conforme con la cual si dejaba de cotizar el valor de su mesada pensional para cumpliera 62 años de edad en el año 2023, sería de \$3'732.707,00, y bajo la modalidad de retiro programado cotizando el 100% del tiempo sería de \$4'216.815,00.

Que realizar una simulación pensional del valor de su mesada en el régimen de prima media con prestación definida, ésta sería de \$14'982.515,00, teniendo en cuenta el promedio de los aportes durante los últimos 10 años, así como una tasa de remplazo del 69,04%.

Una vez notificadas las accionadas contestaron la demanda. Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías señaló no oponerse a las pretensiones de la demanda, sin embargo, precisó que el traslado del demandante se realizó bajo los lineamientos normativos vigentes para esa fecha; y que para ese momento las asesorías se efectuaban de manera presencial y verbal; motivo por el que el traslado del demandante se encuentra exento de vicios en el consentimiento.

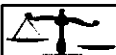
Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. hoy Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. dio respuesta a la acción oponiéndose a la pretensión relativa a que se declare la ineficacia de la afiliación del demandante efectuada el 14 de junio de 2019, en tanto la misma se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano,



proporcionándole toda la información para que tomara la decisión consiente de afiliarse. Propuso las excepciones de mérito de Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso al momento de la afiliación al RAIS, ausencia del deber de asesoría e información, prescripción, buena fe, entre otras.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. señaló que el traslado del demandante es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; y de acuerdo con el correspondiente formulario de afiliación se efectuó de forma libre y voluntaria en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y que el demandante no podía alegar la nulidad y/o ineficacia basado en expectativas económicas. Propuso en su defensa 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, entre otras.

Por su parte Colpensiones adujo en esencia que el traslado del demandante se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria; agregó que se puede evidenciar la negligencia del demandante respecto a su situación pensional y que, en tanto la ignorancia de la ley no sirve de excusa, el error de derecho no vicia el consentimiento. Propuso en su defensa las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidades sui generis de las entidades de la seguridad social, error de derecho no vicia el consentimiento, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, entre otras.



Ref.: Radicación N° 11001-31-05 032 2020 00295 01. Proceso Ordinario Edgar Ortiz Pabón contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

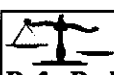
El *aquo* profirió sentencia en la que declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad el 24 de mayo de 1995, así como de los demás traslados que se produjeron entre administradoras del mismo régimen; y como consecuencia de ello, condenó a las AFP Protección S.A. y Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas que descontaron por gastos de administración y seguros previsionales de los aportes efectuados por el demandante; y condenó a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al régimen de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y los descontados por gastos de administración.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la AFP Colfondos S.A. interpuso recurso de apelación en contra de la determinación relativa a la devolución de los gastos de administración; para lo cual aduce en esencia que los mismos se efectuaron por disposición legal y que se encuentran en poder de terceros, violándose de esa forma su derecho de defensa; máxime cuando el demandante durante todo el tiempo el demandante estuvo amparado frente a los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

La apoderada de Protección S.A. en similar sentido solicita se revoque la sentencia de primer grado relativa a la devolución de los gastos de administración, teniendo en cuenta para el efecto que la comisión de administración y la prima de seguro previsional son descuentos previstos en la Ley 100 de 1993 en su artículo 20, y que opera tanto en el régimen de



Ref.: Radicación N° 11001-31-05 032 2020 00295 01. Proceso Ordinario Edgar Ortiz Pabón contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

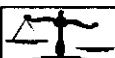
ahorro individual como en el de prima media con prestación definida y que en tal sentido la codena en contra de su representada constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones al recibir una comisión que no se destina al financiamiento de la pensión de vejez.

Aduce que la prima de seguro previsional fue girada en su momento a una aseguradora para que, en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, dicha compañía pagara una suma adicional con el fin de financiar las pensiones causadas por dichos conceptos y que su representada se encuentra imposibilitada para solicitar una devolución y trasladársela a Colpensiones, puesto que la aseguradora es un tercero de buena fe.

Agrega que frente a dichos conceptos en todo caso opera el fenómeno de la prescripción en tanto que no financian directamente la prestación económica por vejez y que por ende prescriben de conformidad con el artículo 488 del C.S.T. en armonía con el artículo 151 del C.P.T. y S.S.

La apoderada de Skandia sostiene en primer término que los gastos de administración tienen una fuente legal, en la que se ordena que una proporción de la tasa de cotización se destina un 0,5% al fondo de garantía de pensión mínima y un 3% en lo concerniente a los gastos de administración, las primas de reaseguros y las primas de seguros de invalidez y de sobrevivencia.

Afirma que el Decreto 3995 de 2008 en su artículo 7° prevé en caso de traslados del régimen de ahorro individual, no se incluya lo concerniente a los gastos de administración, y que de esa forma lo ha ratificado incluso la superintendencia financiera a través de concepto del 15 de enero de 2020, en donde se indicó que en clase de declararse la nulidad o ineficacia de la afiliación procede únicamente el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro



individual incluyendo los rendimientos financieros, así como los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima; de manera que a su juicio no existe sustento legal para ordenar el traslado al régimen de prima media del porcentaje destinado a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguro y la prima de seguros de invalidez y sobrevivencia.

Señala que siendo ineficaz el traslado tampoco sería procedente el reintegro de los respectivos rendimientos que se generaron durante la afiliación del demandante.

Por su parte la apoderada de Colpensiones se revoque la decisión de primer grado en los aspectos que le fueron adversos y en su lugar se le absuelva de todas las pretensión de la demanda; señala al efecto que el servidor judicial de primer grado, no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en el entendido que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el actor y las AFP demandadas y que en razón a ello su representada no puede verse afectada ni beneficiada por tal decisión.

Solicita que igualmente se tenga en cuenta la teoría del derecho civil, conforme con el cual quien causa el daño es quien debe repararlo, y que ese sentido es la AFP Colfondos quien debe reparar el daño causado al demandante, entendido como la disminución de la mesada pensional en uno u otro régimen, que es el motivo principal por el que el demandante está solicitando la nulidad del traslado, protegiéndose de esa forma al demandante y respetando el principio de sostenibilidad financiera.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo



Ref.: Radicación N° 11001-31-05 032 2020 00295 01. Proceso Ordinario Edgar Ortiz Pabón contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas

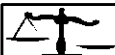
CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones junto con los gastos de administración.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹, posición que fue

¹ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:



Ref.: Radicación N° 11001-31-05 032 2020 00295 01. Proceso Ordinario Edgar Ortiz Pabón contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

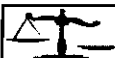
reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "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 la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."



Ref.: Radicación N° 11001-31-05 032 2020 00295 01. Proceso Ordinario Edgar Ortiz Pabón contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante tener en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida.

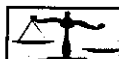
En tal sentido, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.



Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Colfondos S.A. debió ofrecer al demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida. Obligación que, por demás surgieron desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97; sin que para su acreditación sea exija algún medio de prueba en particular.

Sentado lo anterior, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación de Justicia Laboral adocrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Colfondos S.A. y como consecuencia de ello, de los traslados que posteriormente se efectuaron dentro del mismo régimen, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

En este punto es del caso tener en cuenta que si bien la demandante se trasladó al interior del régimen de ahorro individual en varias oportunidades, tal como

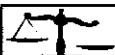


Ref.: Radicación N° 11001-31-05 032 2020 00295 01. Proceso Ordinario Edgar Ortiz Pabón contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

se advierte en el reporte del SIAFP que aportaron las demandadas; ello en modo alguno permite concluir que hubiere convalidado la eficacia del acto del traslado, pues conforme ha tenido oportunidad de adoctrinarlo la máxima Corporación de Justicia Laboral, los traslados que se efectúen con posterioridad dentro del mismo régimen no aparejan la ratificación de la decisión de cambio de régimen, de esa forma lo señaló en forma más reciente en la sentencia SL2877 de 2020.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que, como el demandante se encuentra válidamente afiliado a la Skandia S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, así mismo, las AFP Colfondos S.A. y Protección S.A. deberán trasladar a Colpensiones, los valores que descontaron por concepto de gastos de administración mientras el demandante estuvo afiliado, tal como lo determinó el servidor judicial de primer grado.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si la demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la



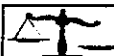
Ref.: Radicación N° 11001-31-05 032 2020 00295 01. Proceso Ordinario Edgar Ortiz Pabón contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, “*Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social*” lo que de contera permite al afiliado conservar los rendimientos causados.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia.



Ref.: Radicación N° 11001-31-05 032 2020 00295 01. Proceso Ordinario Edgar Ortiz Pabón contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

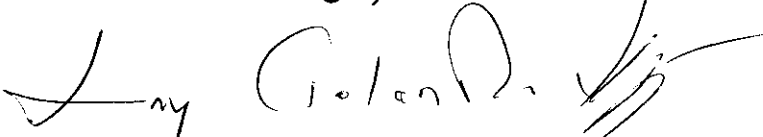
PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá a efectos de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

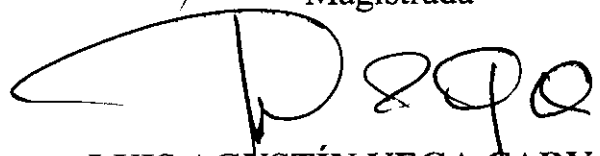
SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado 