

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HÉCTOR FABIO ORTIZ MEJÍA CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP-**

En Bogotá D. C. a los veintiún (21) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende el señor **HÉCTOR FABIO ORTIZ MEJÍA**, se reconozca y pague pensión plena de jubilación, debidamente indexada desde el 2 de mayo de 2014, fecha en que cumplió los 55 años de edad, y se condene a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 130-136 exp. físico), señaló que laboró para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero mediante contrato de trabajo escrito a término indefinido entre el 21 de marzo de 1979 y el 27 de junio de 1999, esto es, 20 años y 97 días; que al momento del despido desempeñaba el cargo de analista de crédito y cartera II en la oficina de Armenia Quindío; que no renunció, ni se acogió a un plan de retiro, pero que a la hora reglamentaria del 28 de junio de 1999, cuando se presentó a trabajar le prohibieron a la fuerza su ingreso a su oficina y le informaron que la entidad la iban a disolver; que no se esgrimió ninguna razón legal o reglamentaria que justificara el despido, no le formularon cargos para ello.

Narró, que los Decretos 1064 de 1999, y 1065 de 1999, que sirvieron de sustento para finalizarle el contrato de trabajo fueron declarados inexequibles desde su promulgación según sentencia CC C-918 del 18 de noviembre de 1999, lo cual se sustentó en que la Ley 489 de 1998, también había sido declarada inexequible en sentencia CC C-702 del 20 de septiembre de igual año, por consiguiente, no existía norma legal o reglamentaria que justificara el despido, lo que devenía en que el mismo había sido injusto.

Informó, que nació el 2 de mayo de 1959; que el último salario promedio devengado fue de \$1.173.215 entre salario básico y prima de antigüedad. Agregó que mediante Decreto 2842 del 6 de diciembre de 2013, el Gobierno designó a la UGPP para que continuara con el reconocimiento y administración de las pensiones de los empleados de la Caja Agraria.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **UGPP** contestó (f.º 170-176 exp. físico), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor; que conforme el Decreto 2842 de 2013, asumió las funciones de carácter pensional de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero; frente a los demás señaló que no le constaban por ser ajenos a esa entidad. Formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 1º de junio de 2021 (f.º 191-192 exp. físico), resolvió:

PRIMERO: RECONOCER al demandante señor **HÉCTOR FABIO ORTIZ MEJÍA** la pensión de jubilación convencional a partir de 2 de mayo de 2014 en cuantía mensual de 3'174.848.60 que debe ser pagada con los respectivos incrementos legales determinados por el gobierno nacional incluyendo mesadas adicionales de junio y diciembre

SEGUNDO: como consecuencia de lo anterior se le **CONDENA** a la unidad administrativa de gestión pensional y contribución parafiscales de la protección social UGPP a reconocerle y pagarle al señor **HÉCTOR FABIO ORTIZ MEJÍA** el valor mayor que exista o pueda existir entre la pensión mensual que viene pagando Colpensiones y la determinada en esta providencia, diferencias que deben pagarse debidamente indexadas desde que se hicieron exigibles y hasta que se verifique el respectivo pago

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las mesadas y diferencias causadas con anterioridad al día 7 de diciembre de 2015 y no probadas las restantes excepciones en tanto que no enervaron las pretensiones

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de esta acción a la parte demandada en oportunidad se tasarán.

Fijó como problema jurídico, determinar si el demandante tenía derecho a la pensión de jubilación convencional, y si había lugar a declarar la compatibilidad pensional.

Señaló, que de las pruebas allegadas se extraía que el demandante había laborado para la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero por espacio de 20 años y 3 meses aproximadamente, entre el 21 de marzo de 1979, hasta el 27 de junio de 1999, desempeñando el cargo de Analista de Créditos de Cartera, periodo durante el cual estuvo afiliado al ISS; que nació el 2 de mayo de 1959, por lo que arribó a la edad de 55 años el mismo día y mes del año 2014; que mediante el Decreto 2842 de 2013, se le asignó a la UGPP asumir las competencias que le habían sido asignadas al fondo de pasivo social de ferrocarriles nacionales de Colombia en relación con el reconocimiento de pensiones y cuentas pensionales que estaban a cargo de la extinta caja agraria.

Expuso, que conforme la convención colectiva 1998-1999, suscrita entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y el Sindicato Sintracreditario, para obtener la pensión de jubilación debía cumplirse con los requisitos exigidos en su artículo 41, ubicándose el actor en la situación consagrada en su parágrafo 1° «*El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de los 55 años si es hombre o 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que se haya cumplido con el requisito de los 20 años de servicios a la institución*».

Recordó que el parágrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, había establecido que:

Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.

No obstante, refirió que conforme el párrafo transitorio 2° del mismo Acto Legislativo 01 de 2005, se había dejado a salvo los derechos pensionales extralegales adquiridos con anterioridad al 31 de julio del año 2010.

Consideró, que en el *sub lite* solo habría lugar a acceder a las pretensiones si el actor había causado el derecho a la pensión convencional de jubilación con antelación al 31 de julio de 2010, concluyendo que el promotor del litigio si cumplía con los requisitos exigidos en el párrafo 1° del artículo 41 de la Convención Colectiva 1998-1999, para acceder a la pensión de jubilación, pues fue desvinculado de la entidad empleadora en el año 1999, y a esa data había prestado sus servicios a la misma por más de 20 años, siendo la edad un requisito de exigibilidad o disfrute del derecho, mas no de causación, en sustento citó la sentencia CSJ SL526-2018.

Argumentó, que el derecho del actor surgió a la vida jurídica desde el mismo momento en que se produjo la finalización del contrato laboral, porque a esa data acreditaba más de 20 años de servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, de modo que si bien las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo perdieron vigencia el 31 de julio de 2010, por virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, lo cierto era que para ese momento el demandante ya tenía un derecho adquirido y solo le restaba llegar a la edad requerida para su disfrute. En conclusión, concedió la pensión de jubilación convencional a partir del 2 de mayo de 2014, data en que cumplió 55 años de edad.

Explicó, que el párrafo 3 del artículo 41 de la Convención Colectiva 1998-1999, regulaba como liquidar la mencionada pensión, y que al sumar el primer factor fijo \$1'173.764 y el segundo factor valores variables \$798.804, arrojaba un IBL de \$1'972.568.25, el cual al indexarse al año 2014 equivale a \$4'233.131.46, valor al que le aplicó la tasa de reemplazo del 75% arrojando una primera mesada pensional para el año 2014 de \$3'174.848.60.

Finalmente, indicó que del auto ADP 000133 del 10 de enero de 2019, expedido por la UGPP se podía colegir que al actor se le había reconocido una pensión por parte de Colpensiones desde el año 2014 cuando cumplió 55 años de edad, teniendo cuenta los mismos tiempos laborados para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, por lo que con fundamento en lo dispuesto en el Acuerdo 029 de 1985 y el Acuerdo 049 de 1990, declaró la compatibilidad con la pensión aquí reconocida, quedando a cargo de la UGPP solo el mayor valor si lo hubiera.

Respecto de la excepción de prescripción, señaló que este fenómeno jurídico se había interrumpido con la reclamación administrativa presentada el 7 de septiembre de 2018 (f.º 5 exp. Físico); además, que la demanda se había radicado el 27 de febrero de 2019, sin que entre esas dos fechas hubiesen pasado el término trienal de que tratan los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, por lo que al haber hecho exigible el derecho el 2 de mayo de 2014, conforme a las normas citadas declararían prescritas las diferencias que se hubiesen podido generar con antelación al 7 de septiembre de 2015.

RECURSO DE APELACIÓN

La UGPP, interpuso recurso de apelación argumentando que el actor no cumple con los requisitos que la ley y la convención colectiva de trabajo exigían para el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional pretendida, porque al entrar en vigor el Acto Legislativo 01 de 2005, dicha convención se encontraba sujeta a prórrogas automáticas sin que en ningún caso pudiera extender su vigencia después del 31 de julio de 2010; que como quiera que el señor Ortiz Mejía acreditó la edad para ser beneficiario de la prestación solicitada solo hasta el año de 2014, excedió ese límite de tiempo y, por ende, no podía reconocérsele una pensión de origen convencional.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada UGPP, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa misma entidad en lo no apelado, de conformidad con el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional consagrada en el artículo 41 de la Convención colectiva de Trabajo 1998-1999.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el actor nació el 2 de mayo de 1959 (f.º 127-128); *ii)* que laboró para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 21 de marzo de 1979, y hasta el 27 de junio de 1999 (f.º 6-7 y 112-113); y *iii)* que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo 1998-1999, suscrita entre aquella entidad y Sintracreditario.

Empieza la Sala por referirse a la norma convencional que consagra el derecho aquí pretendido, esto es, la pensión de jubilación consagrada en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, que en su tenor literal señala:

ARTÍCULO 41o. PENSIÓN DE JUBILACIÓN-REQUISITOS.

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

Con todo, quienes el dieciséis (16) de marzo de 1992 tuvieren Dieciocho (18) o más años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, tendrán derecho a la pensión cuando cumplan cuarenta y siete (47) años de edad y (20) años de servicio. Quienes hayan cumplido los requisitos anteriores para el ejercicio o disfrute de la pensión de jubilación deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha de la firma de la presente Convención. Para quienes no hayan adquirido este derecho y cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio, igualmente deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año, contado a partir de la fecha en que cumplan los requisitos.

Si el trabajador no hace la expresa solicitud aquí prevista dentro de los términos señalados, su pensión se regirá de la siguiente manera:

a) Para las personas con cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicios su pensión se regirá por las normas convencionales, es decir, a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones.

b) Para los que se rijan por el régimen convencional, veinte (20) años de servicio, y cincuenta (50) años de edad las mujeres y cincuenta y cinco (55) años de edad los varones, su pensión se regirá por las normas legales vigentes.

El pago de las pensiones de jubilación de carácter convencional que la Caja haya reconocido o reconozca en el futuro, continuará haciéndose directamente por la Entidad al Beneficiario.

Así mismo, la Caja se compromete a reconocer a los pensionados, de acuerdo con la ley 4a. de 1966, los beneficios establecidos en dicha Ley.

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

PARÁGRAFO 2o. El trabajador que el dieciséis (16) de marzo de 1992 haya cumplido 18 años o más de servicios continuos o discontinuos, que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de los 47 años, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución. (negrilla y subrayas fuera del texto).

Parágrafo 3º: La pensión se liquidará así:

Primer factor fijo. Último sueldo básico más prima de antigüedad y/o técnica si la estuviere devengando.

Segundo factor valores variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extra, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante 180 días o más y el valor de la sobre remuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año.

Los valores anteriores se suman y dividen por 12, con lo cual se obtiene el segundo factor.

De estos dos factores se tomará el 75% establecido.

(negrilla y subrayas fuera del texto).

Teniendo en cuenta la situación fáctica del actor, este se ubica en el párrafo primero, pues este es hombre y fue retirado de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero con más de 20 años de servicios a esa entidad, y sin haber cumplido la edad de 55 años.

Advierte esta Colegiatura que respecto del párrafo 1° del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL526-2018 tuvo la oportunidad de decantar lo que se ha denominado la única interpretación o entendimiento, criterio que ha sido reiterado entre otras en sentencias CSJ SL3113-2020 y CSJ SL3581-2020. En esta última esa Corporación indicó:

*[...] Ahora bien, aunque esta Sala de la Corte había considerado que la disposición convencional bajo estudio «párrafos primero y segundo», que alude a la situación pensional de los servidores desvinculados de la Caja, admitía más de una interpretación razonable (rads. 22415 de 2004 y 36955 de 2010), siendo una de ellas la que acogió el Tribunal, lo cierto es que mediante las sentencias SL526-2018 y SL289-2018, rectificó el anterior criterio para sostener que el único entendimiento que admite el «Parágrafo 1» del artículo en cita, es el de que la pensión de jubilación allí prevista se causa o adquiere con el agotamiento **de dos requisitos: i) la desvinculación voluntaria o forzosa del trabajador y ii) la prestación del tiempo mínimo de servicio, de modo que el cumplimiento de la edad constituye una mera condición para su exigibilidad.***

En efecto, así reflexionó la Sala en la primera de las mencionadas providencias (SL526-2018):

“[...] la redacción del artículo 41 convencional en estudio, particularmente en su Parágrafo 1, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística no tiene más que una lectura: 1) que se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; 2) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y 3) que el disfrute o goce de la prestación se produzca cuando se arriba por el ex trabajador a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

[...]

Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.

[...]

Nótese a ese respecto que la disposición convencional parte del presupuesto de que el trabajador ya ha cumplido la materialidad laboral que le da causa a la prestación pensional: el tiempo de servicios, pero considera la circunstancia que impide al trabajador acceder a la pensión conforme a la regla general, la del cumplimiento de la edad pensional en vigencia de la relación laboral, por tanto, toma tal circunstancia como condición necesaria para el reconocimiento del derecho, esto es, que ya no exista vinculación laboral, o por causa imputable a la empresa o por iniciativa del propio trabajador, para de allí señalar que el acceso a la prestación se producirá cuando cumpla la edad de cincuenta (50) años, si es mujer, o cincuenta y cinco (55) si es hombre, lo que es tanto como decir que con el cumplimiento de las dos condiciones iniciales se tendrá el derecho, pero su goce o disfrute solo se producirá al cumplimiento de la última, la anotada edad.

[...]

Entonces, siendo que los supuestos de hecho del derecho pensional aquí estudiado están limitados a la desvinculación del trabajador y la prestación del tiempo mínimo de servicio, pues la fecha del cumplimiento de la edad allí prevista es ajena a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, las únicas exigencias que lo estructuran o definen, que entiende la Corte deben producirse en el término de vigencia de ésta son las ya indicadas: desvinculación voluntaria o forzosa del servicio y tiempo del mismo.

De desatenderse tal razonamiento resultaría inane la consideración también expresa del derecho pensional en favor de los trabajadores activos, a quienes sí se les exigió como presupuesto pensional el cumplimiento de una determinada edad, cincuenta (50) o cincuenta y cinco (55) años según su género, y por supuesto la vigencia de su relación laboral, aparte del requisito material del derecho: la prestación de servicios durante un término mínimo de veinte (20) años”.

Así las cosas, para la Sala, el único entendimiento posible de dicho Parágrafo 1, es que la pensión de jubilación allí contemplada se causa o adquiere con los requisitos relativos a la prestación de los servicios por más de veinte (20) años a la citada entidad y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa, siendo la edad una condición de exigibilidad del derecho pensional; y sin que pueda exigirse el cumplimiento de un «tercer requisito» para tener derecho a ese beneficio extralegal, como lo estableció el Tribunal, esto es, la exigencia de la solicitud dentro del año inmediatamente siguiente al cumplimiento de los requisitos, lo cual, según quedó expuesto, sí se le exigió a aquellos trabajadores que completaran las exigencias convencionales durante el desarrollo de la relación laboral (incisos primero y segundo), pero no a los trabajadores que retirados del servicio, cumplan las edades con posterioridad a su desvinculación (parágrafos 1 y 2). (negrilla fuera del texto).

En consecuencia, los requisitos para dejar causado el derecho a la pensión de jubilación convencional eran la prestación de los servicios por más de veinte (20) años a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a esa empresa, siendo la edad una mera condición de exigibilidad del derecho pensional.

Frente al particular, encuentra la Sala de Decisión que en el *sub judice*, el actor fue desvinculado del servicio el 27 de junio de 1999, después de haber laborado para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero un total de 20 años y 3 meses, situaciones que no están en discusión, por lo que resulta evidente que sí

dejó causado su derecho a la pensión de jubilación convencional desde el 27 de junio de 1999, solo que para poderla disfrutar debía llegar a la edad de 55 años, los cuales cumplió el 2 de mayo de 2014.

Ahora, frente al argumento presentado por el apoderado de la UGPP respecto de que la prestación no podía reconocerse porque los derechos pensionales extralegales se extinguieron a partir del 31 de julio de 2010, por virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, se advierte que el derecho aquí reclamado fue causado o adquirido incluso con antelación a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que es evidente que esa reforma constitucional no tiene incidencia alguna en la garantía del derecho reclamado.

Ahora bien, no desconoce la Sala que el extrabajador cumplió la edad con posterioridad al 31 de julio de 2010, cuando por virtud del citado Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia, en principio, las reglas de carácter pensional que regían en pactos, convenciones, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellos el que aquí se analiza; no obstante, tal hecho no afectó el derecho pensional del promotor del litigio, pues se reitera que este se adquirió desde 1999, quedando únicamente pendiente de alcanzar la edad requerida para su disfrute, tal como lo refirió el *a quo*, en consecuencia se confirmará esa decisión.

En lo que concierne a la liquidación de esta, debe realizarse conforme el parágrafo 3° del artículo 41 de la Convención colectiva de Trabajo bajo estudio, para lo cual deben tenerse en cuenta dos factores, uno fijo y otro variable, los cuales se suman y se les aplica el 75% para obtener la mesada pensional, el primero de ellos, constituido por el último sueldo básico más prima de antigüedad y/o técnica si la estuviere devengando, y el segundo, por la doceava parte de lo que sume el salario en especie, el auxilio de transporte, el incentivo de localización, los gastos de representación si los hubiere, las primas semestrales, las primas habituales o permanentes, las horas extra, los dominicales o feriados trabajados, los viáticos devengados durante 180 días o más y el valor de la sobre remuneración en el caso de que hubiese desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año.

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural el 7 de febrero de 2014, allegó certificación de lo devengado por el señor Ortiz Mejía durante el último año de servicios (f.º 112-113), así:

Concepto	Valor
----------	-------

Sueldo Básico	\$	889.215
Prima de Antigüedad	\$	284.549
Gastos de Representación	\$	-
Prima Técnica	\$	-
Prima Jun/98	\$	24.534
Prima Dic/98	\$	1.962.716
Prima jun/99	\$	1.731.302
Prima Escolar 2000	\$	-
Prima Escolar 1999	\$	582.936
Prima Sem Viáticos	\$	-
Prima Vacaciones	\$	1.252.014
Incentivo Localización	\$	-
Dominicales/ Festivos	\$	-
Salario Especie	\$	167.345
Auxilio de Transporte	\$	-
Sobre remuneración	\$	4.032.149
Viáticos		
Horas Extras	\$	71.188
Prima Riesgo de Cajero	\$	-
Otros	\$	-

Suma Factores Variables	\$	9.585.651,00
Promedio	\$	798.804,00
Factor Fijo	\$	1.173.764,00
Total Periodo	\$	1.972.568,00

Una vez verificados los valores tomados por el juez de instancia, se evidencia que son los mismos certificados por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y aquí transcritos. Asimismo, se procedió a indexar el promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios a la fecha de reconocimiento de la mesada pensional, esto es año 2014, lo que terminó arrojando una primera mesada pensional de \$3'174.848.60, resultando acertadas las operaciones matemáticas realizadas por el *a quo*, razón por la que esta colegiatura confirmará esa decisión.

COMPARTIBILIDAD DE LA PENSIÓN

En este punto, es necesario señalar que la pensión de jubilación convencional estudiada en párrafos anteriores, es compartida con la reconocida por el ISS hoy Colpensiones, esto por expreso mandato legal con ocasión de lo previsto por el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879, de igual anualidad, y el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758, del mismo año, por lo que la UGPP solo asumirá el mayor valor si lo hubiere.

PRESCRIPCIÓN

Finalmente, en relación con la excepción de prescripción que presentó la demandada, ha de indicarse que, en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en concordancia con el artículo 488 del CST, las acciones que emanan de las leyes sociales prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se hubiese hecho exigible; no obstante, el simple reclamo del afiliado o pensionado recibido por el pagador de su prestación sobre su derecho, interrumpe este fenómeno por un lapso igual.

En el presente asunto, el derecho se reconoció desde el 2 de mayo de 2014, y se observa que la única reclamación que existe respecto de la pensión de jubilación es la presentada ante la UGPP el 7 de septiembre de 2018, y posteriormente se interpuso la presente demanda el 27 de febrero de 2019, resultando evidente, que las mesadas pensionales de carácter convencional causadas con anterioridad al 7 de septiembre de 2015, se encuentran prescriptas, tal y como lo definió el *a quo*.

Así las cosas y sin más consideraciones, se confirmará la sentencia de primer grado en todas sus partes.

COSTAS

Las de esta instancia a cargo de la demandada UGPP, como quiera que el recurso de apelación no prosperó y en virtud del numeral 1 del artículo 365 del CGP.

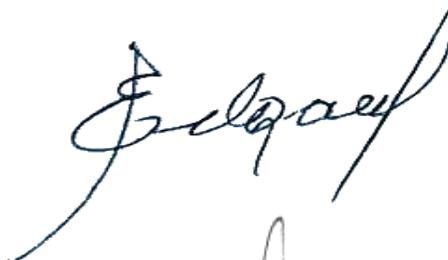
En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada UGPP.

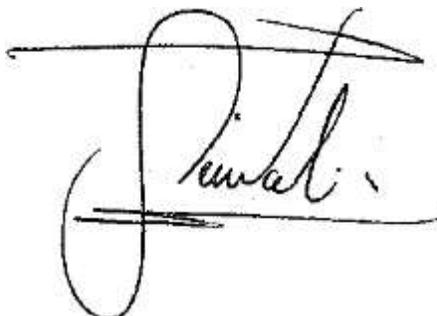
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



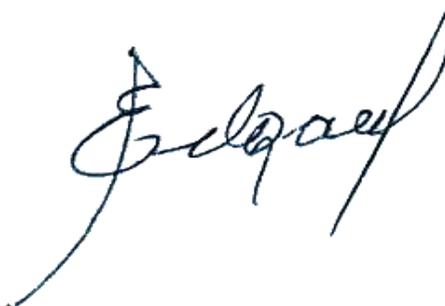
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la **UGPP**, la suma de \$1.000.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL – ACCIÓN PERMISO PARA DESPEDIR – DE UNIÓN TEMPORAL ECOCAPITAL CONTRA LUIS EDUARDO RUIZ CONTRERAS Y SE VINCULÓ AL SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA UNIÓN TEMPORAL ECOCAPITAL “SINTRAECO”**

En Bogotá D. C. a los veintiún (21) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

La UNIÓN TEMPORAL ECOCAPITAL pretende se declare la existencia de una justa causa para la terminación del contrato de trabajo del señor LUIS EDUARDO RUIZ CONTRERAS, en virtud del literal a) del artículo 410 del Código Sustantivo del Trabajo y, en consecuencia, se ordene el levantamiento de fuero sindical del señor Ruiz y se conceda el permiso para despedirlo con justa causa. Se condene en costas y agencias en derecho al demandado.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 001 exp. Digital) señaló, que el 21 de noviembre de 2011, se suscribió acuerdo de constitución de unión temporal, entre la sociedad DATA TOOLS S.A. y ECOCAPITAL INTERNACIONAL S.A. ESP, en donde se acordó la creación de la UNIÓN TEMPORAL ECOCAPITAL, con el fin de participar en el proceso de Licitación Pública 006 2011 adelantado por la Unidad Administrativa Especial de Servicios

Públicos –UAESP, que la vigencia de la misma se extendería hasta la finalización de la duración del contrato de concesión, sus prórrogas y un año más; que mediante Resolución de Adjudicación 720 del 20 de diciembre de 2011, se les adjudicó el contrato de concesión, el cual se suscribió con número 186 E del 23 de diciembre de 2011, el cual tuvo por objeto asumir por cuenta y riesgo de la UNIÓN TEMPORAL ECOCAPITAL, la prestación del servicio de recolección, transporte, almacenamiento temporal y entrega para disposición final de residuos peligrosos hospitalarios y similares generados en la ciudad de Bogotá D.C., y sin exclusividad la actividad de tratamiento, y por una duración pactada de 8 años, iniciando el 1° de mayo de 2012.

Narró, que se suscribieron dos prórrogas, en la primera, se acordó extender la duración por el término de diez (10) meses, a partir del 01 de mayo de 2020, hasta el 28 de febrero de 2021, y en la segunda, se extendió por otros diez (10) meses hasta el 28 de febrero de 2021, data en que finalizó, quedando agotado el objeto de la UT de acuerdo con su constitución, por lo que las compañías que conforman la UT decidieron que esta debía liquidarse de manera definitiva el 31 de enero de 2023.

Expuso, que celebró con el señor Luis Eduardo Ruiz Contreras, contrato de trabajo a término fijo el día 08 de agosto de 2018, el cual a partir del 8 de agosto de 2019, fue a término indefinido en virtud de un *otrosí* celebrado entre las partes; que el cargo por él desempeñado era el de Auxiliar de Servicios, siendo su función la recolección y transporte de residuos; que su contratación se dio con el fin de ejecutar el contrato de concesión 186 E del 23 de diciembre de 2011, el cual finalizó desapareciendo las causas que dieron lugar a esa contratación, por lo que el objeto del contrato del señor Ruiz Contreras se agotó, encontrándose en curso de la causal de terminación consagrada en el literal a) del artículo 410 del CST, ante la liquidación definitiva de la UNIÓN TEMPORAL ECOCAPITAL, quien obra como empleador. Agregó que la UT desde el 31 de enero de 2022, solo desarrolla actividades con el fin de lograr su liquidación definitiva.

Expresó, que el 23 de marzo de 2022, la Organización Sindical SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA UNIÓN TEMPORAL ECOCAPITAL “SINTRAECO”, informó la modificación en la conformación de su Junta Directiva, encontrando que el aquí demandado ostenta el cargo de Primer Suplente –Comité de Economía Solidaria; que al desaparecer la UNIÓN TEMPORAL ECOCAPITAL, carecía de todo objeto la garantía foral, al tratarse de una unión temporal ya en liquidación.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El señor **LUIS EDUARDO RUIZ CONTRERAS** contestó la demanda oponiéndose a la solicitud del permiso judicial para despedirlo por carecer de fundamento factico y jurídico, porque su contrato de trabajo nunca estuvo atado a la ejecución del contrato de concesión 186 E del 23 de diciembre de 2011, ni a un contrato de concesión en específico. Aceptó los hechos que se refieren a la creación de la Unión Temporal, la suscripción del contrato de concesión 186 E del 23 de diciembre de 2011, sus prórrogas y finalización; no obstante, menciona que no le consta si se realizaron más prórrogas y los que tienen que ver con su contrato de trabajo; frente a los demás, dijo que no eran ciertos. Aclaró, que los integrantes de la UT no acordaron liquidar esta, por el contrario pactaron que continuarían prestando los mismos servicios a terceros o inclusive a los mismos integrantes de la UT; que a contrario *sensu*, todos y cada uno de los trabajadores de la UT ECOCAPITAL han continuado desarrollando sus funciones de manera normal, especialmente en el servicio de recolección, transporte, almacenamiento temporal y entrega para disposición final de residuos peligrosos hospitalarios y similares generados en la ciudad de Bogotá y/o alrededores.

Expuso, que actualmente (24/05/2022), la UT ECOCAPITAL tiene contratados 11 trabajadores en el cargo de auxiliar de servicios, quienes no hacen parte de ninguna organización sindical y continúan desarrollando su actividad contractual común y corriente; que se afilió al sindicato en diciembre de 2020, evidenciándose por parte de la UT afán de exterminar al sindicato, porque no era lógico que para este caso quisieran desaparecer el objeto de su contrato, además que la UT está realizando tercerización de sus colaboradores conforme se observaba de la respuesta de la Temporal SAS, de fecha 13 de mayo de 2022.

En su defensa propone como la excepción previa la de prescripción de la acción, la cual se dio por no probada; y de fondo, las de inexistencia de la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y solicitar el permiso para despedir e innominada o genérica.

EL SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA UNIÓN TEMPORAL ECOCAPITAL SINTRAECO, coadyuvó la contestación dada en nombre del trabajador y agregó que se encuentra en conflicto colectivo con la UT ECOCAPITAL y que la organización solicitó una unidad de empresa en contra de la UT ECOCAPITAL.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de junio de 2022 (archivo 30 exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: NEGAR la autorización para despedir solicitada por la **UNIÓN TEMPORAL ECOCAPITAL** al trabajador **LUIS EDUARDO RUIZ CONTRERAS**, acogiendo en este sentido el concepto rendido por la señora procuradora.

SEGUNDO: CONDENAR al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a la demandante **UNIÓN TEMPORAL ECOCAPITAL**.

Fundamentó su decisión, en que en el expediente se encontraba probado que el señor Luis Eduardo Ruiz Contreras había sido nombrado en el cargo de primer suplente del comité de comunidad solidaria de SINTRAECO, mediante acta de asamblea del 20 de marzo del año 2022, y el registro fue realizado el 22 de marzo de 2022, por lo que resultaba improcedente alegar la prescripción de la acción, porque la UT fue notificada el 28 de diciembre de 2021, que el contrato de concesión vencería el 28 de febrero de 2022, y el demandado solo adquirió el fuero el 22 de marzo del mismo año; es decir, que la UT no podía iniciar la acción antes de esta última data, porque con anterioridad a ella el señor Ruiz Contreras no tenía garantía foral, concluyendo que no se había vulnerado el debido proceso al accionado.

Indicó, que el señor Luis Eduardo Ruiz Contreras se encontraba amparado por fuero sindical a partir del 22 de marzo de 2022, conforme se evidenciaba en la constancia y depósito de inscripción de la junta directiva que expide el Ministerio de Trabajo; que pese a que la unión temporal no es persona jurídica, si tiene la calidad de ser empleadores; que una vez revisadas las pruebas se encontraba el contrato suscrito entre el demandado en calidad de trabajador y la Unión Temporal en calidad de empleador, el cual inicialmente había sido celebrado a término fijo por un periodo inferior a 1 año; que posteriormente, mediante un *otrosí* celebrado en el 2018, había mutado a término indefinido, siendo claro que entre las partes existía un contrato de trabajo a término indefinido desde el 8 de agosto de 2018.

Respecto de la causal alegada para solicitar el permiso para despedir, afirmó que esta aún no se había configurado, por lo que no había lugar a acceder a la pretensión, pues consideró para poder estar inmersa en la causal regulada en el literal A del artículo 410 del CST, se requería que la UT se encontrara liquidada o clausurada definitivamente, lo cual no ocurría en el presente asunto, porque en la constitución de la UT se había indicado que su duración se extendería hasta la finalización del contrato, sus prórrogas y un año más; que la terminación del mismo

fue el 31 de enero de 2022; además, que la misma UT mediante otrosí al acuerdo de constitución de Unión Temporal Ecocapital suscrito el 31 de enero de 2021, había ampliado su objeto, como quiera que en él se indicaba claramente que podía desarrollar de manera temporal y transitoria actividades posteriores a la terminación del contrato de concesión 186 E del 23 de diciembre de 2011, relacionadas con la recolección, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos de riesgos infecciosos o biológicos, con el objeto de tener los recursos suficientes para proceder con la liquidación del contrato y terminación del acuerdo empresarial; que también se había autorizado para ofrecer y ejecutar contratos con terceros e inclusive con integrantes de la UT, de lo que la *a quo* concluyó que el objeto para el cual fue conformada la UT no se había agotado, que por el contrario fue ampliado conforme al otrosí que la misma parte demandante aportó al plenario.

RECURSO DE APELACIÓN

La **UT DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación argumentando que se había incurrido en un error en la concepción de la figura legal de la Unión Temporal, ya que no se podía concluir que esta había ampliado el objeto porque este lo entrega la ley, pues la UT surge de una licitación, es una figura propia de la contratación estatal que tiene un fin delimitado y claro; que la UT únicamente existe si el contrato está vigente y se está ejecutando porque la Ley 80 así lo establece; por lo tanto, no se podía ampliar por el consentimiento de las partes su objeto.

Expuso, que no se podía crear una UT para los contratos que se quieran ejecutar o para otras funciones diferentes, ya que está ligada a un único contrato de concesión con la administración pública, tal como lo establecía la Superintendencia de Sociedades en concepto 220618030 de 2018.

Sostuvo, que había una indebida apreciación del *otrosí*, porque este lo que permitía era que la UT siguiera ejecutando o prestando servicios, con el único fin de lograr conseguir los recursos para la liquidación definitiva de la misma, porque ya se encontraba en curso, y que con los testigos había quedado acreditado que las actividades propias y originales ya habían terminado, quedando únicamente pendiente su liquidación.

Con base en lo anterior, indica que es la razón por la que el vínculo laboral con el demandado estaba llamado a terminar, porque el contrato de concesión para el cual había sido constituida la UT ya había finalizado; que precisamente se necesitaba terminar el contrato con el señor Ruiz Contreras para poder disolver la

UT, pues no había duda que la misma iba a desaparecer; que necesita el permiso sindical de cara a poder efectivamente en algún momento liquidar la UT, porque si se ve obligado a conservar un contrato de trabajo, que ya carece de objeto que ya no presta el servicio, pero que por razón del fuero no puede terminar, no podría liquidar la UT, llevándolos a algo imposible de cumplir, porque antes de liquidarse debe dejar cumplidas todas sus obligaciones, iniciando con la terminación de los contratos laborales.

Advirtió, que el fuero sindical está consagrado como una protección para la actividad sindical y las personas que tiene la posibilidad de agremiarse según la norma indica, bajo la denominación de sindicatos, pero que al desaparecer la UT la organización sindical también está llamada a lo mismo; que en este caso se evidencia un abuso de derecho de la asociación, toda vez que el fuero del actor puntualmente se dio hasta el mes de marzo de 2022, con nombramiento en la junta directiva, luego de ser concedores de la liquidación de la UT, generando unas garantías forales artificiales, con el fin de conservar el salario, en busca de un provecho personal y no de cooperación económica.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante UT ECOCAPITAL.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar, si se encuentra demostrada por parte de la demandante la justa causa invocada, para proceder o no a levantar el fuero sindical, con el fin de autorizar la terminación del contrato de trabajo del accionado.

DE LA RELACIÓN LABORAL

No es materia de debate que el señor Luis Eduardo Ruíz Contreras, celebró contrato de trabajo a término fijo con la Unión Temporal Ecocapital, para el periodo del 8 de agosto al 7 de diciembre de 2018, para desempeñar el cargo de «*auxiliar de servicios*» el que tiene como función principal la recolección y transporte de residuos (f.º 189-194 archivo 4 exp digital), y posteriormente mediante *otrosi* a este suscrito el 28 de agosto de 2019, se pactó modificar la modalidad de contrato,

entendiendo que desde el 8 de agosto de 2018, era a término indefinido (f.º 195 archivo 4 exp. Digital).

De igual forma, se encontró que a partir del 8 de abril de 2021, las funciones del señor Ruíz fueron modificadas en cumplimiento a unas recomendaciones y/o restricciones médicas expedida por la ARL Axa Colpatria y ahora realizaría el inventario de canastillas y otras actividades de apoyo administrativo (f.º 197 archivo 04 exp. Digital); que el 30 de abril de ese mismo año, se sumaron las de inspeccionar los vehículos al ingreso y salida, reportar al jefe inmediato las novedades respecto del estado de estos (f.º 199-201 archivo 4 exp. Digital), ello hasta que desaparecieran las causas que dieron origen al cambio y/o ajustes de funciones y así lo determine la entidad competente, momento en el que el trabajador debía volver a realizar las funciones para las que fue contratado inicialmente.

En este punto, resulta importante traer a colación la sentencia CSJ SL462-2021, donde se fijó que *«las uniones temporales y consorcios pueden ser empleadores de los trabajadores que participan en los proyectos empresariales contratados con las entidades públicas. Por tanto, pueden ser convocados para responder por las obligaciones laborales de sus trabajadores, como también de manera solidaria cada uno de sus integrantes»*.

DEL FUERO SINDICAL

De acuerdo con el artículo 406 del CST los trabajadores que se encuentran amparados por el fuero sindical son:

1. Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses.
2. Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores.
3. Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más.

4. Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más.

Según «constancia de registro modificación de la junta directiva y/o comité ejecutivo de una organización sindical» de fecha de registro del 22 de marzo de 2022, del Sindicato de Trabajadores de la Unión Temporal Ecocapital (f.º 185 archivo 4 exp digital), este:

1. Fue constituido mediante Acta No. I-902 del 14 de diciembre de 2015 registrada ese mismo día.
2. Y que el señor Luis Eduardo Ruiz Contreras demandado en este asunto, a partir del 20 de marzo de 2022, es integrante de la JUNTA DIRECTIVA NACIONAL, en los siguientes términos:

SUPLENTES						
NOMBRES	APELLIDOS	TIPO DOCUMENTO	NÚMERO DOCUMENTO	TELÉFONO	E-MAIL	CARGO
LUIS EDUARDO	RUIZ CONTRERAS	CC= Cédula de Ciud	1002199233	3152490353	sintraeco92@gmail.com	COMITÉ DE ECONOMIA SOLIDARIA
JAVIER ENRIQUE	TORRES BALLESTEROS	CC= Cédula de Ciud	79188360	3123313253	sintraeco92@gmail.com	COMITÉ DE ORGANIZACIÓN Y DEPORTES
ORFILIO	TARAZONA MEJIA	CC= Cédula de Ciud	79668658	3132901829	sintraeco92@gmail.com	COMITÉ SE SEGURIDAD SOCIAL
ROBINSÓN	ALVAREZ GIRALDO	CC= Cédula de Ciud	79770531	3106968929	sintraeco92@gmail.com	COMITÉ DE ASUNTOS CULTURALES
JUAN CARLOS	RIAÑO RIAÑO	CC= Cédula de Ciud	79065185	3143212265	sintraeco92@gmail.com	COMITÉ DE ACTIVIDADES SOCIALES

Por ende, el aquí demandado se encuentra amparado por la garantía foral, como quiera que desde el 20 de marzo de 2022, es Suplente de la Junta Directiva del Sindicato de Trabajadores de la Unión Temporal Ecocapital “SINTRAECO”, y este nombramiento fue notificado a la UT demandante mediante comunicación del 23 de marzo de 2002 (f.º 184 archivo 4 exp. Digital).

DEL PERMISO PARA DESPEDIR

El artículo 38 de la Constitución Política de Colombia establece como derecho fundamental la libertad de asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad. Específicamente, los trabajadores y empleadores tienen, el derecho fundamental «a *constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado*» de acuerdo con el artículo 39 de la misma carta magna.

Los convenios 87 y 93 de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por Colombia, el primero sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación donde, entre otras cosas, cada estado miembro se obligó a

adoptar «*todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación*», y el segundo, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, el cual establece básicamente que los trabajadores y las organizaciones de trabajadores y empleadores deben gozar de una adecuada protección contra todo acto: *i) de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo; y ii) de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.*

Así, en nuestra legislación laboral, entre otros mecanismos de protección en favor de los trabajadores, y los integrantes de una organización sindical, encontramos el fuero sindical, el cual está definido en el artículo 405 del CST, como una garantía de la «*que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo*».

Entonces, en caso de que un empleador despida o pretenda despedir, desmejore o traslade a un trabajador que goza de la garantía foral, puede verse inmerso en cualquiera de las siguientes consecuencias jurídicas, a saber:

1. El reintegro como restitución de una desvinculación laboral sin calificación previa de la justa causa por el Juez del Trabajo, rompimiento del vínculo jurídico.
2. La reubicación o reinstalación como restablecimiento del traslado del trabajador sin previa autorización a las anteriores condiciones de trabajo; ello es, sin rompimiento del vínculo jurídico.
3. Permiso ante el juez laboral por parte del empleador para poder despedir o trasladar, que incluye el denominado proceso ordinario de levantamiento de fuero sindical.

El presente asunto se ubica en el escenario tercero, ya que al trabajador aún no se le ha terminado su contrato de trabajo, pero el empleador pretende que se levante el fuero sindical y se otorgue la autorización para poder despedirlo. En ese sentido el legislador también se ocupó de regular en el artículo 410 del CST las justas causas que puede invocar el empleador a fin de que el juez otorgue el mencionado permiso, tales como: «*a) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del {empleador}*

durante más de ciento veinte (120) días, y b) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato».

La parte demandante en el *sub lite* invoca la primera de ellas, es decir, la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento, asunto respecto del cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha indicado que la protección del fuero sindical va hasta la liquidación definitiva de la empresa, pues existe un imposibilidad material y jurídica de conservar vigente la relación laboral que ataba a las partes, y por ende el pago de salarios y prestaciones sociales más allá de ese suceso, pues la condición de trabajador aforado no lo protege de las consecuencias de la real desaparición de la empleadora (sentencias CSJ SL2589-2020, CSJ SL10726-2016, CSJ SL3243-2015, y CSJ SL1247-2014).

Ahora, debe recordarse que la empleadora en este asunto es una Unión Temporal, figura que está definida en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, así:

2°. Unión Temporal:

Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal

La Corte Suprema de Justicia en sentencia SL462-2021, concluyó que se trataba *«de agrupaciones de contratistas u organizaciones empresariales que no configuran una persona jurídica nueva e independiente respecto de los miembros que las integran»*. Y en sentencia CSJ SL676-2021, se indicó que *«las uniones temporales, así como los consorcios, son alianzas estratégicas entre organizaciones de contratistas o empresariales que buscan aumentar su competitividad empleando sus recursos y fuerzas técnicas, económicas y financieras para la realización de proyectos de contratación altamente especializados o intensivos en capital, y en el cual se preserva la autonomía jurídica de los sujetos asociados»*.

Igualmente, resulta oportuno traer a colación lo expuesto por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, quien, en sentencia del 08 de agosto de 2018, radicado No 25000-23-36-000-2013-00671-01 (53102), señaló:

2.5. Ahora, debe aclararse que las uniones temporales normalmente tienen como término de existencia el mismo plazo de ejecución del contrato, pues su objetivo es desarrollar las actividades específicas a las que se obligó, sin que tengan vocación

de permanencia para realizar otro tipo de negocios diferentes para los que fue constituida.

(...)

2.6. De lo anterior se desprende que: i) la razón de ser de las uniones temporales es el cumplimiento del contrato y ii) su duración está atada a los motivos que dieron origen a su creación, por lo que se extinguirán cuando no subsista la actividad contractual.

Entonces, las uniones temporales son constituidas básicamente para el cumplimiento de un contrato y sus prórrogas, lo que implica que una vez finalizado el mismo, desaparece el objeto para el cual fue constituida la unión temporal y esta se extingue por virtud de la norma.

Resulta pertinente advertir, que esta Sala de Decisión el pasado 23 de septiembre de 2022, al decidir un caso de equivalentes contornos, en el sentido de que la demandante es la misma UT, en su escrito demandatorio se pretendió lo mismo y los supuestos fácticos eran semejantes y las pruebas en la que se fundamentó para solicitar el levantamiento del fuero son iguales, pero respecto de otro trabajador también aforado, dentro del radicado 1100131050-39202200144-01, donde se expusieron los siguientes argumentos, los cuales reiteramos y acogemos nuevamente en su integridad:

En el sub examine, el 30 de noviembre de 2011 se constituyó la Unión Temporal ECOCAPITAL por parte de ECOCAPITAL INTERNACIONAL S.A. ESP y DATA TOOLS S.A. (Fol. 33 a 34 archivo 04 carpeta 01 del expediente digital), en la que se expresa que «La duración de la UNIÓN TEMPORAL se extenderá hasta la finalización de la duración del contrato, sus prórrogas y un año más, en caso de salir favorecidos con alguna ASE (áreas de servicio exclusivo) determinadas en el pliego de condiciones de la licitación de la referencia», esto es, la licitación pública No 006 de 2011 en la que participó, siéndole adjudicada mediante Resolución No 720 del 20 de diciembre de 2011 (Fols. 111 a 116 archivo 04 carpeta 02 del expediente digital), lo que conllevó a suscribir el 23 de diciembre de 2011 el contrato No 186E de 2011 entre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP y la Unión Temporal ECOCAPITAL, con plazo de ejecución de ocho (8) años contados a partir de la suscripción del acta de iniciación, que lo fue el 01 de mayo de 2012 (Fols. 117 a 154 archivo 04 carpeta 01 del expediente digital), mismo que fue prorrogado en dos ocasiones, manteniéndose vigente hasta el 31 de enero de 2022, (folios 155 a 176 archivo 04 carpeta 01 del expediente digital).

Así, no existe duda que en esta última fecha dejó de ejecutarse el referido contrato, lo cual se certificó también por la UAESP (Fols. 181 a 182 archivo 04 carpeta 01 del expediente digital), y como se enuncia en la certificación del 24 de marzo de 2022 del Gerente General de la Unión Temporal Ecocapital, en la que consta que el contrato No 186E de 2011 finalizó el 31 de enero de 2022, sin «que exista prórroga alguna y/o extensión al contrato en mención» (fol. 183 archivo 04 carpeta 01 expediente digital).

Debe también tenerse en cuenta en esta clase de contratos que, un primer acto es la finalización del contrato y otro acto es la liquidación, razón por la cual se pacta que la unión temporal continúe vigente con posterioridad a la finalización del contrato, que para el caso analizado corresponde a «un año más». Es por este motivo que, en el mismo contrato de concesión, específicamente en su cláusula

trigésima se estipuló la «liquidación del contrato», indicando que «a la terminación del contrato por cualquier causa se procederá a su liquidación entre LA UAESP y el CONCESIONARIO, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su finalización o a la expedición del acto que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga, mediante Acta de liquidación suscrita por las partes, la cual deberá contener entre otros los siguientes aspectos».

En ese orden, debe considerarse que una vez finalizó el contrato de concesión (31 de enero de 2022), las partes que dieron origen a la Unión Temporal acordaron mediante otro sí «Desarrollar de manera temporal y transitoria algunas actividades posteriores a la terminación del contrato de Concesión 186E de 2011, relacionadas con recolección, transporte, tratamiento, almacenamiento temporal y disposición final de residuos peligrosos de riesgo infecciosos o biológico, con el objetivo de tener los recursos suficientes para proceder con la liquidación final del contrato y terminación del acuerdo empresarial», existiendo entre ellas, acuerdo de un año, para proceder a extinguir la referida unión temporal, sin que pueda colegirse de manera alguna que la parte activa siguió operando para otros contratos o que continúe ejerciendo de manera definitiva el objeto de recolección, transporte, tratamiento, almacenamiento temporal y disposición final de residuos peligrosos de riesgo infecciosos o biológico, ya que la razón de ser o existencia de la Unión Temporal ECOCAPITAL fue precisamente la de participar en la licitación pública No 006 de 2011, por lo que una vez adjudicado el contrato, dio cumplimiento al mismo hasta el 31 de enero hogaño.

Los actos posteriores al 01 de febrero de 2022, están dirigidos a la liquidación del contrato de concesión, pues así se desprende del otro sí del 31 de enero de 2022 suscrito por ECOCAPITAL INTERNACIONAL S.A. ESP y DATA TOOLS S.A., lo cual se encuentra ratificado con la testimonial recaudada, en particular con lo dicho por Liliana Gutiérrez Galindo y Mónica Perdomo Ceballos, quienes enfáticamente manifestaron que el contrato de concesión finalizó el 31 de enero de 2022, especificando la primera de ellas, que el otro sí celebrado entre los integrantes de la Unión Temporal Ecocapital, tiene por finalidad obtener los recursos necesarios para finalizar la liquidación; aunado a que del dicho de las referidas testigos y del declarante traído por el propio demandado, el señor Saúl Peñuela Flórez, es claro que el personal de las distintas áreas que conforman la parte demandante, ha venido disminuyendo, así como las rutas de recolección los usuarios de la UT Ecocapital.

(...)

En ese orden, lo primero que colige la Sala es que, de acuerdo a la naturaleza de las uniones temporales, las mismas tienen como término de existencia el mismo plazo de ejecución del contrato que dio lugar a su constitución, lo que conllevaría que en el sub examine debería haber sido el 31 de enero de la presente anualidad; no obstante, las partes creadoras de la unión temporal fijaron un plazo adicional de un (1) año para efectos de atender los trámites de liquidación, etapa propia del contrato de concesión, acorde a lo estipulado en el contrato de concesión entre la Unión Temporal Ecocapital y la UAESP, por ende, no podía como lo hizo el a quo exigir la liquidación total de ECOCAPITAL, ya que ello equivale a desconocer las particularidades de la operación y extinción de las uniones temporales.

Ahora, aunque la Unión Temporal ECOCAPITAL continuó desarrollando las actividades para las cuales fue contratada, debe tenerse en cuenta que expresamente se convino que sería transitorio y durante el término estipulado para la liquidación del contrato de concesión, la cual, conforme lo convenido va hasta el 31 de enero de 2023. De igual manera, si bien la Unión Temporal ECOCAPITAL ha contratado con terceros para continuar desarrollando las mismas actividades del contrato de concesión 186E de 2011, cumple precisar que ello quedó consignado en el otro sí del 31 de enero de 2022, pero con la anotación de ser transitorio y «para llevar a cabo paulatinamente la liquidación final de la presente Unión Temporal» (folio 179 archivo 03 carpeta 01 del expediente digital).

A ello se suma que, en el contrato de prestación de servicios entre TEMPORAL SAS y la Unión Temporal ECOCAPITAL, se establece que se procederá a contratar

trabajadores en misión hasta el 31 de enero de 2023, que corresponde a la fecha límite de culminación de la Unión Temporal, y así fue como expresamente se convino: «Que la UNIÓN TEMPORAL ECOCAPITAL, quien es parte CONTRATANTE de la presente relación contractual, se encuentra en trámite de liquidación y cierre por terminación del objeto para la cual fue creada la UT mediante Acta de Constitución de fecha 30 de noviembre de 2011. En ese sentido, el término para la extinción de la UT ECOCAPITAL conforme a su documento constitutivo está establecido en un año posterior a la terminación del Contrato de Concesión No. 186E de 2011, a saber: el 31 de enero de 2023. Es así como el último año, comprendido entre el 31 de enero de 2022 y 31 de enero de 2023, se ejecutarán actividades propias para la liquidación del contrato de concesión citado y cierre de la Unión Temporal», esto es, atado a la liquidación del contrato de concesión y a la extinción definitiva de la Unión Temporal.

Con todo, debe resaltarse que 15 de los 22 trabajadores en misión vinculados a la UT demandante, se encontraban vinculados con anterioridad a la finalización del contrato de concesión, esto es, antes del 31 de enero de 2022, y solo 7 de ellos, fueron contratados después de dicha fecha, quienes, en todo caso, estarán prestando sus servicios hasta el 31 de enero de 2023, como se indica en la documental visible en el archivo 02 carpeta 19 del expediente digital.

De lo anterior se logra extraer con meridiana claridad que, al crearse la Unión Temporal ECOCAPITAL para el desarrollo y ejecución del contrato de concesión No 186E de 2011, «su duración está atada a los motivos que dieron origen a su creación, por lo que se extinguirán cuando no subsista la actividad contractual», esto es, en principio el 31 de enero de 2012; sin embargo, como las partes convinieron un año más, después de la finalización del contrato, esto es, 31 de enero de 2023, para desarrollar los actos tendientes a la liquidación del contrato de concesión, debe tenerse como fecha límite para la extinción de la Unión Temporal ECOCAPITAL el 31 de enero de 2023.

Por tanto, hay certeza de la existencia de la justa causa alegada por la demandante, como se refiere en la alzada, porque la UT ECOCAPITAL está adelantando el proceso de liquidación del contrato de concesión No 186E de 2011, lo que genera su extinción, hecho que en este caso tiene la virtualidad de afectar de manera ostensible el curso normal de la actividad económica que ejerce la Unión Temporal, al punto que ha disminuido sus áreas de operación y sus trabajadores como se acotó con anterioridad, y si bien está ejerciendo actividades, lo hace de manera transitoria, con la finalidad de llevar a cabo paulatinamente la liquidación final de la presente Unión Temporal.

En consecuencia, al no existir discusión de que la existencia de la Unión Temporal está atada a la ejecución del contrato de concesión y un año más hasta su liquidación, resulta claro que procede el levantamiento del fuero sindical que cobija al trabajador demandado, ante el hecho probado de la existencia de la justa causa alegada por la empleadora, para dar por terminado el contrato de trabajo, establecida en el literal a) del artículo 410 del CST, precisando que en estos eventos, en los que no ha cesado de manera definitiva en sus actividades el empleador o que este en proceso de liquidación, la garantía foral se extiende hasta que el proceso de liquidación «concluya definitivamente», y así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL8155-2016, en los siguientes términos:

«Se reitera que, en este particular caso existe prueba concreta de la liquidación final de la entidad, es decir, de su extinción total. Sin embargo, debe aclarar la Sala que diferentes consecuencias se generarían cuando la sociedad se encuentra en trámite de proceso liquidatorio, ya que, en estos casos, la entidad subsiste, solo que su capacidad jurídica se contrae a la realización de los actos necesarios para la culminación de aquel. Por esto, es razonable el reintegro de un trabajador a una sociedad en liquidación, eso sí, hasta que esta concluya definitivamente».

Es por lo dicho que, puede tenerse como justa causa la liquidación futura, pero con fecha determinada, de la Unión Temporal ECOCAPITAL que fue constituida para

adelantar el contrato de concesión No 186E de 2011 que cesó su ejecución el 31 de enero de 2022, por consiguiente, se autoriza el levantamiento del fuero sindical como se peticiona por la convocante, pero condicionado a que se proceda por la activa a la terminación del vínculo laboral el próximo 31 de enero de 2023, fecha de liquidación de la unión temporal. Se precisa que en caso de que la accionante mantenga operaciones con posterioridad a dicha calenda, la protección foral se mantendrá hasta que se extinga la unión temporal ECOCAPITAL.

Acorde con lo anterior, siguiendo criterio doctrinal de esta Sala de Decisión, aplicable al presente asunto por tratarse de asunto de similares características, debe concluirse que en el *sub examine* procede el levantamiento del fuero sindical que cubre al señor Luis Eduardo Ruíz Contreras, ante el hecho probado de la existencia de la justa causa alegada por la Unión Temporal Ecocapital, para dar por terminado el contrato de trabajo, establecida en el literal a) del artículo 410 del CST, pues el contrato de concesión 186E de 2011 para el cual fue constituida, se dio por terminado a partir del 31 de enero de 2022, en consecuencia, se autoriza el levantamiento del fuero sindical del señor Ruíz Contreras, pero condicionado a que se proceda por la UT a la terminación del contrato laboral el próximo 31 de enero de 2023, fecha de liquidación de la promotora del litigio, precisándose que en caso de que la demandante mantenga operaciones con posterioridad a dicha data, la protección foral se mantendrá hasta que se extinga la unión temporal ECOCAPITAL.

PRESCRIPCIÓN

De acuerdo con el artículo 118A la prescripción de la acción de levantamiento del fuero sindical para que se conceda permiso para despedir a un trabajador con esa garantía es de dos meses contados a partir del momento en que el empleador tuvo conocimiento del hecho que invoca como justa causa, que para el caso es la terminación del contrato que dio origen a la Unión Temporal, lo cual se dio desde el 31 de enero de 2022; no obstante, este fenómeno no operó, como quiera que de un lado, las sociedades que conformaron la UT desde su creación fijaron como plazo de extinción de la misma el 31 de enero de 2023; por ende, la justa causa se mantiene en el tiempo hasta esa data por estar en trámite todos los actos tendientes a su liquidación; y de otro, la garantía foral para el señor Luis Eduardo Ruíz Contreras surgió con posterioridad a la terminación del contrato de concesión, porque su nombramiento como suplente en la junta directiva del sindicato se dio mediante acta suscrita el 20 de marzo de 2022, registrada ante el Ministerio del Trabajo el 22 del mismo mes y año, y notificada al empleador el 23 de esa misma calenda, y la presente demanda se radicó el 29 de marzo de igual año, esto es, dentro de los dos meses exigidos por la norma.

En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia, para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

COSTAS

Las de primera instancia a cargo del demandado, tásense en esa instancia. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

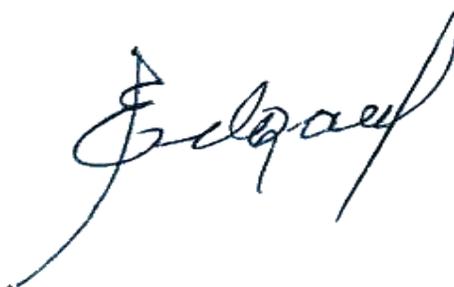
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de esta ciudad, proferida el 28 de junio de 2022, en el proceso especial de fuero sindical de la referencia y, en su lugar, se **DISPONE ORDENAR** el levantamiento del fuero sindical que ampara al señor **LUIS EDUARDO RUÍZ CONTRERAS**; en consecuencia, se **AUTORIZA** a la entidad demandante UT ECOCAPITAL para que proceda a la terminación del contrato de trabajo el próximo 31 de enero de 2023, fecha de liquidación de la unión temporal. Se hace la advertencia, que en caso de que la promotora del litigio mantenga operaciones con posterioridad a dicha data, la protección foral se mantendrá hasta que se extinga definitivamente la unión temporal ECOCAPITAL.

SEGUNDO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

TERCERO: COSTAS. Las de primera instancia a cargo del demandado, tásense en esa instancia. En esta segunda sin costas dado el resultado de la alzada.

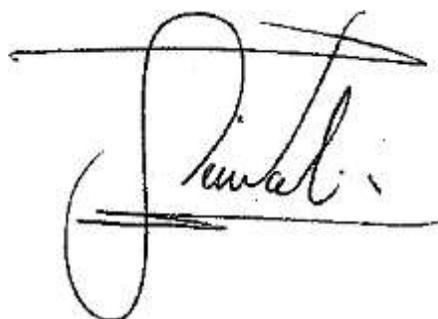
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

PROCESO: LAUDO ARBITRAL - RECURSO DE ANULACIÓN DE RICARDO REDONDO TORRES CONTRA LA EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS – ECOPETROL S.A.

En Bogotá D. C. a los veinticuatro (24) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

RECONÓCESE personería al Doctor **ANTONIO MENDOZA JIMÉNEZ**, abogado en ejercicio con T. P. No. 173.467 del C.S. de la J., como apoderado judicial del señor RICARDO REDONDO TORRES, con forme al poder conferido.

RECONÓCESE personería a la Doctora **DIANA VANESSA ANIBAL ZEA**, abogada en ejercicio con T. P. No. 144.643 del C.S. de la J., como apoderado judicial de ECOPETROL, con forme al poder general conferido mediante escritura pública.

ANTECEDENTES

El señor **RICARDO REDONDO TORRES**, acudió ante el Comité de Reclamos de La Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol S.A., con el propósito que se ordene a esa la entidad a su reintegro al cargo

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que estuvo vinculado laboralmente con ECOPETROL S.A. a través de un contrato a término indefinido entre el 23 de septiembre de 2013 al 21 de mayo de 2015, ejerciendo como último cargo el de Técnico II VIT del Departamento de Operaciones y Mantenimiento fluvial en Barrancabermeja; que mediante comunicación del 21 de mayo de 2015, la empresa le dio por terminado su contrato de trabajo alegando una justa causa; que el 25 de mayo de la misma anualidad,

el trabajador radicó ante Ecopetrol solicitud de reconsideración del despido, alegando que no fue agotado el debido proceso, por cuanto no se realizó la respectiva investigación disciplinaria consagrada en la Ley 734 de 2002.

Sostuvo, que el 22 de julio de 2015, presentó acción de tutela con el fin de que se ampararan sus derechos fundamentales al debido proceso, salud y vida digna, pretendiendo que se declarara la nulidad de la investigación disciplinaria adelantada en su contra; que esta le correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barrancabermeja, quien mediante sentencia del 30 de julio de esa anualidad, amparó sus derechos fundamentales al debido proceso, ordenando a Ecopetrol S.A. que debía adelantar la respectiva investigación disciplinaria respetando los parámetros de la sentencia T-593-20014.

Posteriormente, instauró otra acción de tutela, con la que se buscaba proteger sus derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital y estabilidad laboral reforzada, la cual fue asignada al Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja, siendo fallada el 15 de septiembre de 2015, disponiendo el reintegro del trabajador al cargo que venía desempeñando; que dicha decisión fue impugnada por Ecopetrol y la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito de Bucaramanga, a través de la sentencia del 27 de enero de 2016, revocó la de primer grado, y denegó el amparo solicitado.

Expresó, que Ecopetrol adelantó investigación disciplinaria y, mediante decisión del 27 de febrero de 2017, lo declaró disciplinariamente responsable de los hechos imputados dentro de la investigación y le impuso sanción consistente en suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial por el término de cinco (5) meses; que interpuso recurso de apelación contra lo allí dispuesto, siendo confirmada mediante providencia del 27 de abril de 2017, emitida por la Presidencia de Ecopetrol (fs. 666 a 674).

De otra parte, se indica que mediante correo electrónico del 19 de septiembre de 2015, el señor Redondo, en su calidad de Afiliado a la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo – USO -, solicitó al Comité de Reclamos de Puerto Salgar el reintegro al cargo, entidad que declaró que no era competente para dirimir el asunto, siendo remitido al Comité de Reclamos de Barrancabermeja. Posteriormente, en virtud de la competencia asignada en la Convención Colectiva 2018-2022, el asunto fue enviado al Comité de Reclamos de Bogotá, dependencia que mediante providencia del 5 de abril de 2022, dispuso:

PRIMERO: NEGAR EL REINTEGRO del señor RICARDO REDONDO TORRES y las demás pretensiones del actor y, en consecuencia, **ABSOLVER** a **ECOPETROL S.A.** de todas las pretensiones de la reclamación presentada por el acto, por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de **COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL** y de oficio la de **EXISTENCIA DE JUSTAS CAUSAS PARA LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y QUE DESVIRTÚAN EL REINTEGRO**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo arbitral.

[...]

RECURSO ANULACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, el señor Redondo Torres, a través de apoderado judicial, presentó recurso de anulación el día 26 de abril de 2022 (fs. 733 a 737).

Como fundamentos del recurso, manifestó que el Comité de Reclamos no tuvo en cuenta que lo que se perseguía era el acatamiento de lo ordenado por el Juez de tutela, mediante sentencia emitida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barrancabermeja, en la que se ordenó que al trabajador fuera investigado y sancionado conforme a la Ley 734 de 2002.

Seguidamente, se refirió a la decisión proferida el 27 de abril de 2017, por parte de la Gerencia de Control Disciplinario de Ecopetrol S.A., señalando al respecto que allí se observa que su única intención fue la de sancionar al demandante, conforme a la escala de sanciones consagradas en sus reglamentos, la que correspondería a cinco (5) meses de suspensión, manifestando seguidamente:

[...] es imposible que se suspenda a un funcionario o trabajador si su contrato de trabajo se encuentra terminado, pues es contrario a toda norma que se ejecuten dos sanciones al mismo tiempo por un mismo hecho, lo que indica fehacientemente el fallo la Gerencia de Control Disciplinario de Ecopetrol S.A. en esencia es que a mi cliente no se le terminó el contrato, y no como lo ha querido mostrar equivocadamente en todo momento el Comité de Reclamos, insistiendo que es válido el despido (injusto) de mi cliente, desalineando la proporcionalidad de los hechos y la sanción impuesta, mitigando cualquier posibilidad de su reintegro.

A renglón seguido, trajo a colación algunos argumentos expuestos en el salvamento de voto del laudo arbitral.

De otro lado, afirmó que se equivocó el Comité de Reclamos al declarar probada la excepción de cosa juzgada bajo el argumento de existir un pronunciamiento en una acción de tutela, desconociendo abiertamente que este tipo de acciones constitucionales son temporales y provisionales, de tal manera que, en todo caso el accionante como aquí sucedió tenía la facultad de acudir a la jurisdicción ordinaria o al tribunal de arbitramento.

Agregó, que, si en gracia de discusión se admitiera la excepción de cosa juzgada, el Comité de Reclamos jamás debió asumir el proceso, lo cual resulta a todas luces descabellado, teniendo en cuenta que la función de esa dependencia, precisamente es estudiar de fondo la solicitud del reintegro valorando las pruebas aportadas al proceso, trayendo a colación algunos de los fundamentos expuestos en el salvamento del voto del fallo arbitral.

Con fundamento en lo anterior, concluyó que en el presente caso no existe cosa juzgada y menos material; que su representado acude al Comité de Reclamos como órgano que, en virtud de la convención colectiva de trabajo reemplaza la jurisdicción ordinaria, de tal manera que era una obligación del tribunal de arbitramento tomar una decisión de fondo basada en los hechos y pruebas debidamente aportadas al proceso y no limitarse a reescribir los argumentos y decisiones tomadas en una acción provisional y temporal como la acción de tutela.

Aludió a la proporcionalidad de la sanción al terminar el contrato de trabajo, indicando al respecto que llama la atención la determinación censurable de Ecopetrol S.A. al despedir de manera unilateral al señor Redondo frente a la comisión de una presunta falta que, en todo caso el procedimiento evidenció las siguientes falencias:

1. *No se llevó a cabo cumpliendo los parámetros de la ley 734 de 2002, tal como además fuer (sic) ordenado por vía de un juez constitucional.*
2. *No se realizó una ponderación entre la supuesta falta y la determinación de finalizar el contrato de trabajo.*
3. *No se valoró el historial del empleado y su buen comportamiento durante la relación de trabajo.*
4. *No se valoró que, las funciones del empleado son consideradas como de dirección, confianza y manejo, con lo cual no estaba supeditado a una jornada de trabajo específica.*

Citó de nuevo algunos fragmentos del salvamento de voto, donde se sostuvo:

Al respecto cabe indicar que en la sentencia C-593 de 2014, el Tribunal de Cierre Constitucional estudió el apego a la constitución de/ artículo 115 del C.S. T, y dispuso que de acuerdo al debido proceso, el procedimiento que menciona el artículo, debe cumplir con todas las garantías, entre ellas, la comunicación formal del inicio de un proceso disciplinario, el traslado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos, la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron y la oportunidad para controvertir la decisión para que sea revisada por un superior.

Es por lo anterior, que inicia la acción disciplinaria, que arroja como resultado el 27 de abril de 2017, en segunda instancia, una medida menos gravosa a la impuesta el día 21 de mayo de 2015, fecha de terminación de la relación laboral del trabajador con Ecopetrol. Es así como, se encuentran contrapuestas, dos consecuencias jurídicas sancionatorias, en dos instancias diferentes por los mismos hechos y circunstancias.

Seguidamente, expresó que de acuerdo con lo anterior, la sanción aplicable al trabajador era la suspensión de su contrato de trabajo por el término de cinco (5) meses, tal como se ordenó por la Oficina de Control Disciplinario de Ecopetrol S.A y en ese sentido, debió ser reintegrado a sus labores.

SE refirió al principio de favorabilidad en materia laboral, para lo cual cita nuevamente algunos pasajes del salvamento de voto de uno de los integrantes del Comité de Reclamos, en donde se sostuvo en sus apartes lo siguiente:

El principio de favorabilidad está consagrado en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal y determina, en cada caso concreto cuál norma y/o interpretación es más ventajosa o benéfica para el trabajador, así, mientras exista duda, el principio de favorabilidad en sentido estricto propende por aplicar la selección de una determinada disposición jurídica que más favorezca al trabajador, .

Dicho principio fue desarrollado por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, M.P. Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, radicado 40662 que dispuso:

"los principios de favorabilidad e indubio pro operario difieren de la condición más beneficiosa. El primero se presenta en caso de duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo. Las características primordiales son: (i) la duda surge sobre /a aplicación de dos o más normas, entendidas éstas como "un enunciado hipotético al cual se enlaza una determinada consecuencia jurídica"; (ii) las disposiciones deben ser válidas y estar en vigor; (iii) deben regular la misma situación fáctica, y (iv) al emplearse debe respetarse el principio de la inescindibilidad o conglobamento, es decir, la norma escogida no solamente se utiliza íntegramente, sino como un todo,, como un cuerpo o conjunto normativo. (...)"

Por su parte, el Código Sustantivo de/ Trabajo en su artículo 27, contempla el principio de favorabilidad en los siguientes términos:

"En caso de conflicto o duda sobre /a aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad. "

Así las cosas, se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual ha debido aplicarse la norma y/o resultado que resulte más benéfico para el trabajador, aun cuando la decisión más favorable sea posterior.

Se reitera, en el caso sub examine, al extrabajador Sr. Ricardo Redondo Torres le fueron impuestas dos sanciones encaminadas a castigar el mismo hecho, es por ello, que en virtud y aplicación del principio de favorabilidad resulta más beneficiosa la consecuencia jurídica proferida el pasado 27 de abril de 2017, es decir, la decisión disciplinaria en segunda instancia proferida por el presidente de Ecopetrol en la se declaró la responsabilidad del trabajador y la suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad por el término de 5 meses.

Con base en lo anterior concluyó, que el Tribunal pudiendo hacer uso del principio de favorabilidad constitucional, tomó la decisión reprochable de desconocer los derechos del trabajador, convalidando la decisión de Ecopetrol de no reintegrarlo, desconociendo las normas constitucionales y pronunciamientos de las altas Cortes.

Mediante providencia del 15 de septiembre de 2022, se corrió traslado a la accionada para que presentara réplica por el término legal de tres días (art. 110 del CGP).

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de anulación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el fallo arbitral, en los precisos términos del recurso de anulación, conforme a los lineamientos previstos en el artículo 66 A del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los antecedentes expuestos, le corresponde a esta Sala de Decisión, determinar lo siguiente: *i)* si en el presente asunto existe cosa juzgada constitucional, como lo sostuvo el Tribunal de Arbitramento; *ii)* de ser negativa la respuesta, si la empresa vulneró el debido proceso al no ceñirse al procedimiento reglado en la Ley 734 de 2002, para efectos de proceder al despido del trabajador; *iii)* si hay lugar a aplicar en este caso el principio de favorabilidad y a que la sanción sea proporcional; y *iv)* si hay lugar a ordenar el reintegro del señor Ricardo Redondo

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Resulta pertinente recordar, que el artículo 116 de la CN, estableció en principio la función de administrar justicia a la «*Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales, los jueces y la justicia penal militar*»; no obstante, en esa misma normativa se facultó al Legislador para que particulares también fueran investidos de tal facultad en forma transitoria, entre otras, en la condición de Árbitros, y resolvieran con carácter definitivo y obligatorio determinados conflictos.

El legislativo expidió la Ley 1563 de 2012, a través de la cual «*se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*», reguló en forma general el arbitramento; sin embargo, no estableció en su reglamentación una forma particular y concreta, razón por la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que esa normativa no tuvo la intención de regular el arbitraje obligatorio o voluntario en materia laboral. Así se dijo en la sentencia CSJ SL3350-2020, que rememoró la providencia CSJ AL2314-2014, las que fueron reiteradas en el fallo CSJ SL2963-2022. En la primera de estas se puntualizó:

[...] resalta la Sala que parte de la normativa invocada como fundamento para las causales de anulación del Laudo es la Ley 1563 de 2012, «por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones», sobre cuya aplicabilidad en el campo laboral ya se ha pronunciado, excluyendo tal posibilidad en la medida en que dicho precepto no tuvo por finalidad regular el arbitraje en materia laboral, tal como en su momento lo determinó la Corporación en la providencia CSJ AL2314-2014, 12 mar. 2014, rad. 62867:

Al respecto, debe comenzar la Sala por precisar que, la Ley 1563 de 2012 no tuvo la intención de regular el arbitraje laboral, muestra de ello es que su articulado no de señas de reformas al arbitraje obligatorio o voluntario, como tampoco diga nada sobre la composición e integración de los tribunales de arbitramento en asuntos del trabajo, el procedimiento arbitral, las facultades del tribunal y su ámbito de competencia, los efectos jurídicos y la vigencia de los fallos arbitrales, entre otros aspectos de vital importancia para el Derecho Colectivo del Trabajo.

Lo anterior nos lleva a concluir que las normas sobre arbitramento laboral contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo y el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social mantienen su plena vigencia, al no haber sido derogadas expresa o tácitamente por la Ley 1563 de 2012, muy a pesar de que el artículo 119 de la referida ley señale que regula íntegramente la materia de arbitraje.

Acorde con el anterior lineamiento jurisprudencial, el marco normativo con el cual corresponde decidir sobre el recurso de anulación, es el reglado en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, siendo del caso precisar que la decisión que se adopte mediante este mecanismo alternativo de solución de conflictos, hoy se denomina recurso de anulación, de conformidad con los cambios introducidos por la Ley 712 de 2001, que modificó el artículo 142 del CPTSS.

De Conformidad con dicha disposición, cuando el laudo es de carácter voluntario y mediante el mismo se resuelve un conflicto de carácter jurídico, el objeto del referido recurso, es verificar si la decisión de los árbitros se ajusta a los términos del compromiso o cláusula compromisoria y si afecta derechos o facultades reconocidos por la Constitución, o por las leyes o por normas convencionales a cualquiera de las partes.

Dicho lo anterior, se procede a resolver los problemas jurídicos planteados al inicio.

i) si en el presente asunto existe cosa juzgada constitucional como lo sostuvo el Tribunal de Arbitramento.

El Comité de Reglamos, en la decisión que ahora es objeto de este recurso, consideró mayoritariamente que en este caso se estaba ante una cosa juzgada constitucional que fue propuesta por Ecopetrol S.A., para lo cual, frente a este puntal aspecto, dijo lo siguiente:

Como contexto del tema, hay que señalar que obra en el expediente, los soportes del segundo trámite de tutela iniciado por el aquí reclamante, en contra de Ecopetrol S.A. en

procura de su Reintegro, el cual fue decidido en forma favorable por el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja, en sentencia del 15 de septiembre de 2015. (Folios 733 -753 tomo 1). Dicha decisión, posteriormente fue REVOCADA por la Sala Civil Familia del H. Tribunal Superior de Bucaramanga en sentencia del 27 de enero de 2016 (Folios 705 724 tomo 1) en la cual señaló - entre otras cosas - que la acción de tutela no era procedente, porque el Actor ya había presentado una tutela anterior por los mismos hechos y no demostró perjuicio irremediable, ni una situación de salud que ameritara una protección especial, así como dio validez a las justas causas invocadas por Ecopetrol S.A. para dar por finalizado el contrato de trabajo del Actor el día 21 de mayo de 2015.

Desde ya es pertinente indicar que dicho medio exceptivo está llamado a prosperar y ello se deriva al analizar el pronunciamiento que tuvo el H. Tribunal Superior de Bucaramanga (folios 647 -667 tomo 1), que actuando como Juez Constitucional, NEGÓ en forma expresa la pretensión del Reintegro del Actor, producto de un análisis juicioso y detallado de las pruebas, el cual se comparte completamente por parte de éste cuerpo colegiado [...].

Seguidamente, transcribió fragmentos de la sentencia de tutela proferida por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga, como también los artículos 303 y 304 del CGP, que aluden a la cosa juzgada. De igual forma se apoyó en varias sentencias de la Corte Constitucional en las que se analiza esta figura jurídica, entre ellas la C-774-2001, C-522-2009. C-820-2011, de las cuales reprodujo párrafos, con fundamento en lo cual concluyó:

Es así como la excepción de COSA JUZGADA está llamada a prosperar, al cumplirse los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional (Sentencia C-100/2019) al existir:

- Identidad de objeto, es decir, la presente reclamación versa sobre la misma pretensión de Reintegro revisada por el Tribunal Superior de Bucaramanga y es sobre ella que se predica la cosa juzgada. En este caso, el derecho al Reintegro fue negado por el H. Tribunal Superior de Bucaramanga.

- Identidad de causa petendi, esto es, la reclamación tramitada por el Comité de Reclamos demanda y la decisión de la Sala Civil Familia del H. Tribunal Superior de Bucaramanga, que hizo tránsito a cosa juzgada, tienen los mismos fundamentos o hechos como sustento.

- Identidad de partes, éste es, en ambas actuaciones concurren las mismas partes: RICARDO REDONDO TORRES como accionante y ECOPETROL S.A. como accionada y es por ello que la primera decisión en la que se revocó la sentencia que ordenó el Reintegro, resulta vinculante para ambas partes.

Ahora bien, si es que en gracia de discusión se considerara que el Pronunciamiento del Juez Constitucional no tiene la vocación de sustentar la EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL, de todas formas, la conclusión a la que debe arribar éste cuerpo colegiado, es la IMPROCEDENCIA DEL REINTEGRO, por haberse ACREDITADO LAS JUSTAS CAUSAS que dieron origen a la decisión de Ecopetrol S.A. de dar por terminado en forma unilateral, el contrato de trabajo del aquí reclamante, según se desprende del análisis las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica [...].

Pues bien, lo primero que hay que decir, es que la Corte Constitucional en su jurisprudencia, ha admitido que los fallos emitidos por los jueces, en virtud de una acción

de tutela, se encuentran amparados por la figura de la cosa juzgada constitucional; así se dijo en la sentencia T-218- 2012, en la que expresó:

Cosa juzgada constitucional

3.2.11 Como se indicó con anterioridad, las sentencias de tutela proferidas por los jueces de la República dentro de la jurisdicción constitucional se encuentran revestidas de la calidad de cosa juzgada constitucional. Este fenómeno, al tener ciertas diferencias con el efecto procesal de otras sentencias adoptadas en otros procesos, hace que la cosa juzgada constitucional sea una especie dentro del género de cosa juzgada.

No obstante lo anterior, debe analizarse si en este caso efectivamente nos encontramos en presencia de este fenómeno jurídico.

De acuerdo con la documental obrante en el informativo, se observa que el señor Ricardo Redondo Torres efectivamente instauró una acción de tutela contra la empresa Ecopetrol S.A., con la cual pretendía se ordenara su reintegro al cargo, la cual fue fallada en primera instancia por el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja, el 15 de septiembre de 2015, quien tuteló los derechos fundamentales invocados y ordenó el reintegro del trabajador al cargo que desempeñaba en la mencionada compañía petrolera. Dicha providencia fue impugnada por la accionada y la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante sentencia del 27 de enero de 2016, denegó el amparo solicitado y revocó aquella decisión, para lo sostuvo, entre otras cosas, lo siguiente:

Conforme a lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución política, toda persona tendrá acción para reclamar ante los jueces [...], mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares cuando se cumplan ciertos requisitos especiales

Por ello, al ser una herramienta de carácter residual sólo procede en aquellos eventos en los cuales no existe otro mecanismo judicial de defensa o cuando, de existir, el medio alternativo es claramente insuficiente o ineficaz para brindar garantía a los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, o, igualmente, si se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Existiendo otros mecanismos de defensa judicial al alcance del actor para lograr la protección de los derechos que considera Vulnerados, la tutela solo es procedente si se acredita plenamente que los mecanismos de defensa ordinarios no son eficaces para la protección del derecho, que existe la inminencia de un daño irremediable que hace necesaria la intervención del juez constitucional. (Subrayado fuera del texto original).

Por tal motivo, para establecer la procedibilidad o no de la acción de tutela, corresponde al juez constitucional analizar cada caso en concreto, con miras a determinar el grado de vulneración de los derechos fundamentales del actor, y la eficacia de los mecanismos de defensa por los que cuenta y, si es el caso, impartir la orden necesaria para que todo agravio, teniendo en cuenta, al hacer dicho análisis, que según la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela solo procede para la protección de los derechos

fundamentales, no para solucionar conflictos de índole netamente legal y de contenido patrimonial, cuya controversia debe dilucidarse por las vías legales establecidas por el legislador.

[...]

5.8. No es procedente la presente acción de amparo tutelar por las siguientes razones:

5.8.1. En lo que tiene que ver con el despido del accionante:

No es procedente esta acción de tutela en razón a que en la acción de amparo tutelar que conoció el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barrancabermeja se le amparó su derecho fundamental al debido proceso, pero no se ordenó su reintegro, en consecuencia, si el accionante no estaba de acuerdo con esta decisión, debió impugnarla y si lo hizo y no tuvo éxito, contaba aun con la insistencia ante la CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión.

Lo cierto sí es, que las consecuencias jurídicas negativas del proceso que se le adelanta al accionante por sus conductas laborales, que ECOPETROL S.A. afirma constitutivas de falta grave, no pueden ser estudiadas en esta acción de tutela pues, se repite, ese es problema jurídico que se estudió y resolvió en la primera acción de tutela.

[...]

Ahora, si el trabajador está inconforme con su despido, debe demandarlo ante la justicia laboral pues la acción de tutela es subsidiaria, esto es, procede cuando no existe otro medio de defensa judicial o existiendo no es idóneo para conjurar el perjuicio irremediable que se cierne sobre el accionante. En tal estadio judicial tendrá la oportunidad para controvertir la decisión de ECOPETROL S.A. de fecha 21 de mayo de 2015, en la que se le hizo saber que su desvinculación tuvo "una justa causa," sin que la terminación del contrato de trabajo por la empresa patronal haya sido dejada sin efecto, pues según informa ECOPETROL S.A., el juzgado Segundo Civil del Circuito de Barrancabermeja en su aclaración de la sentencia proferida en la acción de tutela que con antelación promovió RICARDO REDONDO, en su contra, por los mismo hechos que aquí nos ocupan, señaló la improcedencia de la misma para revocar el despido del trabajador, decisión que no fue impugnada, (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

[...]

Además, lo cierto es que existe otro mecanismo idóneo para lograr dicho cometido, porque es al interior del proceso ordinario laboral que puede adelantarse por parte del señor RICARDO REDONDO TORRES, en donde debe establecerse la legalidad del despido y su eventual reintegro, y en tal eventualidad, solicitar el reconocimiento de los salarios dejados de recibir desde su desvinculación (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

Conforme a los argumentos expuestos en la referida providencia, resulta claro para esta Sala de Decisión, que la razones por las que la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga negó el amparo de tutela y revocó la decisión del juez de primer nivel que había ordenado el reintegro del señor Redondo Torres, es por cuanto existía otro mecanismo de defensa, como era el de instaurar el respectivo proceso ordinario laboral ante los jueces de dicha jurisdicción; es decir, consideró improcedente dicho mecanismo constitucional por subsidiariedad.

Ahora bien, no se puede desconocer que en este caso se dan tres elementos para considerar una cosa juzgada, como son i) identidad de objeto, i) identidad de causa *petendi*, e *iii*) identidad de partes, ello conforme al artículo 303 del CGP, y a la reiterada jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, no puede pasarse por alto que el mismo juez de tutela en segunda instancia, negó dicha acción sosteniendo entre otros argumentos, que el accionante bien podía ventilar su controversia ante los jueces laborales, y que era ese el escenario propio para controvertir la decisión de la empleadora de dar por terminado su contrato de trabajo invocando una justa causa, lo cual conduce a sostener por parte de esta Sala de Decisión, que ello solo constituye una cosa juzgada formal, pero no material, puesto que no estudio la cuestión de fondo del asunto, precisamente por considerar que nuestro ordenamiento jurídico existían otros mecanismos de defensa a los que bien podía acudir. En otras palabras, para declarar su improcedencia, se cimentó en un examen de forma de la tutela.

En punto del debate, cabe traer a colación lo sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia SU150-2021, en donde sostuvo:

Precisamente, al explicar el alcance de la cosa juzgada, tanto la Corte Suprema de Justicia como esta corporación han descartado su configuración, (i) cuando se producen fallos inhibitorios o (ii) cuando no se resuelve el objeto del litigio, porque lo manifestado por la autoridad judicial (a) no corresponde a la naturaleza del proceso o (b) no aborda realmente las cuestiones que fueron propuestas. Ello, básicamente, con miras a proteger el derecho al debido proceso de los accionantes.

[...]

*Textualmente, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que: “Desde el punto de vista objetivo, la cosa juzgada solo comprende las cuestiones que efectivamente fueron resueltas, porque ciertamente fueron propuestas, y las que resultan decididas de contera, ya porque las expresamente falladas las conllevan, ora porque lógicamente resultan excluidas y por ende implícitamente definitivas. Por contrapartida, **no constituye cosa juzgada material las cuestiones que a pesar de haber sido propuestas no fueron decididas expresamente, como acontece con los fallos inhibitorios, y las que no se entienden implícitamente resueltas, por no corresponder a la naturaleza y objeto jurídico del proceso, así todo lo que se diga y considere tenga relación con la cuestión realmente propuesta y decidida, porque lo contrario implicará desconocer caros derechos fundamentales, como el debido proceso y la legítima defensa**”¹. (Negrillas y subrayado fuera del texto original).*

Bajo este horizonte, resultaría un contra sentido y una clara denegación de justicia, que se sostuviera en este trámite, que existió una cosa juzgada material, cuando fue el propio juez constitucional quien consideró en aquella oportunidad, que el señor Redondo Torres debía o podía acudir a otro medio defensa distinto a la acción de tutela que se

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de febrero de 2001, expediente 5591, M.P: José Fernando Ramírez Gómez.

analizaba en ese momento, por considerar que ese era el idóneo para dirimir la controversia y, precisamente con base en ese argumento, negó el amparo solicitado.

Cabe aclarar, que si bien allí no se hizo mención expresa al laudo arbitral al que acudió el demandante y que ahora nos ocupa, sin duda alguna este constituye otro medio alternativo de defensa que también podía instaurar el trabajador y en igual forma es un escenario propio para debatir este tipo de asuntos, puesto que, como se dijo en las consideraciones preliminares, el artículo 116 de la CN, facultó al legislador para que particulares también fueran investidos de tal facultad en forma transitoria, entre otros, los Árbitros (inc. 3), lo cual va en concordancia con lo dispuesto en el artículo 141 del CPTSS, que le otorga competencia a la Sala Laboral de los Tribunales Superiores, para conocer del recurso de anulación que contra el laudo arbitral se interponga.

Lo expuesto, es suficiente para concluir que el asunto bajo examen NO existe una cosa juzgada constitucional, por lo que debe ser revocada la decisión del Tribunal de Arbitramento en este puntual aspecto.

Lo anterior, nos lleva al análisis de segundo problema jurídico planteado por la Sala.

ii) Si la empresa vulneró el debido proceso al no ceñirse al procedimiento reglado en la Ley 734 de 2002, para efectos de proceder al despido del trabajador.

La inconformidad del recurrente en este punto, es que la empresa para efectos de proceder al despido, no llevó a cabo el procedimiento disciplinario establecido en la Ley 734 de 2002.

Para resolver este cuestionamiento, resulta pertinente señalar no se discute por parte del apelante que Ecopetrol para efectos de proceder a la terminación del contrato de trabajo al señor Ricardo Redondo el 21 de mayo de 2015, de manera previa se ciñó al procedimiento establecido en el artículo 84 de la convención colectiva de trabajo que regía para aquella data al interior de dicha sociedad; tampoco desconoció la falta cometida por el trabajador, la que dio lugar al finiquito contractual invocándose una justa causa.

Pues bien, frente a la obligatoriedad de adelantar por parte de Ecopetrol del proceso disciplinario que establece la Ley 734 de 2002, ya nuestro Órgano de cierre en materia laboral, ha tenido la oportunidad de estudiarlo, sosteniendo al respecto que los

procedimientos disciplinarios previstos en la mencionada ley disciplinaria no tienen cabida o aplicabilidad para efectos de dar por terminado el vínculo contractual de un trabajador oficial, en cuyo caso, las disposiciones llamadas a tener en cuenta es el Decreto 2127 de 1945 o el Código Sustantivo del Trabajo, en ello en a razón a que las faltas disciplinarian no pueden confundirse con las justas causas que se invoquen para finiquitar el contrato de trabajo. En punto del debate, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL, 17 abr. 2013, rad. 37766, al resolver un asunto contra Ecopetrol, sostuvo:

[...] la queja del recurrente se centra en que el Tribunal desconoció que para poderse despedir la empresa debió adelantarle el proceso disciplinario de que trata el Código Disciplinario Único o Ley 734 de 2002. En el tercero agrega que su comportamiento no es justa causa de despido, pues simplemente fue la ejecución de la voluntad del ente gremial al que estaba afiliado. (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

Pues bien, respecto de lo primero es suficiente decir que ya la Corte ha estudiado en varias oportunidades similar planteamiento al aquí propuesto llegando a concluir que los aspectos disciplinarios del trabajo, que son por esencia de carácter correctivo y por tanto previstos en estatuto internos de la empresa y frente a cierto tipo de funcionarios públicos por códigos dictados por el legislador de turno, no pueden confundirse con las justas causas del despido, es decir, las que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo a instancia del empleador. (Subrayado fuera del texto original).

Así, en sentencia de 25 de enero de 2011 (Radicación 37.568), al resolver idénticos argumentos a los aquí esgrimidos por otro de los servidores de la demandada en circunstancias de terminación del contrato comunes a las aquí estudiadas, asentó lo siguiente:

“La controversia que la acusación suscita, se dirige a establecer si el tribunal se equivoca al no declarar la ineficacia del despido del demandante, trabajador oficial, cuando se iniciaba el conflicto colectivo con la empresa sin que, a través del procedimiento dispuesto en la Ley 734 de 2002, se probara la existencia o no de las justas causas que la demandada invocara o, si por el contrario, como lo señala el ad quem, para los efectos de la extinción unilateral del contrato de trabajo, por las motivaciones expuestas por Ecopetrol, promover cese ilegal de actividades...,prevista en el reglamento interno de la demandada, no se aplica la indicada preceptiva disciplinaria.

“El tribunal, para establecer que el examen de los hechos determinantes del despido no requería del trámite previsto en la Ley 734 de 2002, acogió doctrina jurisprudencial que no reconoce naturaleza correctiva en el despido y no, como lo indica el recurrente, por predicar el sometimiento del demandante al Código Sustantivo del Trabajo.(Negrillas y subrayado fuera del texto original).

“La consideración del superior respecto a la anotada controversia y a su referencia jurisprudencial, en el que se indica por esta Sala que el despido no representa sanción disciplinaria, es enmarcada dentro del contexto de la discusión en torno a si, con la expedición de la Ley 200 de 1995 o de la Ley 732 de 2002, continúan vigentes y por tanto son aplicables las disposiciones que en el Código Sustantivo del Trabajo o en el Decreto 2127 de 1945, establecen las denominadas justas causas para despedir. (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

“La Corte, al respecto, que ha reconocido el continuado vigor de estas disposiciones, señala a la vez que los preceptos disciplinarios sólo corresponde aplicarlos para las conductas de los trabajadores calificadas como gravísimas en el estatuto disciplinario como se indicara en sentencia de radicación 26928 del 26 de septiembre de 2006 en la que se expresó:

“Por eso se concluye que las justas causas previstas en el Decreto 2127 de 1945 para terminar el contrato de trabajo, por parte del trabajador o del empleador, continúan vigentes y frente a ellas, se mantiene la misma regulación y el tratamiento que ha sido identificado por la jurisprudencia, que ha reiterado que el despido partiendo de las causales previstas en el Decreto 2127 de 1945, como también de las señaladas en el Código Sustantivo del Trabajo, no corresponde a una medida en estricto sentido de carácter sancionatorio, por lo que en relación con estas no procede la aplicación del trámite contemplado en el Código Disciplinario, el cual, por ser propio de tal estatuto, opera solo frente a las conductas tipificadas en el mismo como configurantes de faltas gravísimas y como tales, de justas causas, también, de terminación de los contratos de trabajo. Además, como ya lo ha señalado esta Sala, frente a las faltas gravísimas, que también configuran justas causas de despido, solo procede el trámite previsto en la ley 200 de 1995, a la que hacen expresa referencia estas consideraciones, por lo que en consecuencia, el procedimiento previsto en ella, desplaza cualquier trámite convencional establecido como previo para terminar el contrato por justa causa, originadas en el acaecimiento de una falta calificada en él como gravísima”. (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

“La sentencia anterior, reiterada en la de radicación 33936 de mayo 19 de 2009, acoge los criterios expuestos en resoluciones del mismo carácter 18823 de 25 de noviembre de 2002; 21120 del 28 de agosto de 2003, entre otras”.

Conforme al anterior criterio jurisprudencial, resulta claro entonces que en tratándose de los trabajadores de Ecopetrol, la empresa no está obligada a remitirse al Código Disciplinario para efectos de proceder al despido del trabajador oficial, en tanto que esa decisión no es considerada como una sanción disciplinaria, de tal suerte que ninguna razón le asiste al recurrente, en cuanto a que se le vulneró el debido proceso por parte de Ecopetrol al no seguir el procedimiento señalado en la Ley 734 de 2002, por cuanto para efectos de dar por terminado el contrato de trabajo, no estaba obligada a ceñirse a dicha disposición, puesto que solo le correspondía aplicar para el efecto el procedimiento convencional acordado con el sindicato al que se encontraba afiliado el accionante, como efecto lo hizo, aspecto frente al que no existe controversia y se corrobora con la documental obrante en el informativo.

Al respecto, cabe acotar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, ha precisado sobre la obligatoriedad de la empresa de agotar el procedimiento convencional para efectos de proceder a la terminación del contrato cuando ello se haya pactado expresamente. Así se ha dijo en la sentencia CSJ SL, 13 mar. 2008, rad. 32422, rememorada en la CSJ SL8002-2014, en donde se sostuvo:

*[...] esta Corporación de tiempo atrás ha sostenido que **el despido no es una sanción disciplinaria, y que por ende para su imposición no hay obligación de seguir el trámite que se utiliza para la aplicación de sanciones disciplinarias, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente como por ejemplo en el contrato de trabajo, convención colectiva, o pacto colectivo, que no es el caso que nos ocupa.***

En similar sentido se pronuncia dicha Corporación en la providencia CSJ SL, 24 jul. 2003 rad. 19876, rememorada también en el fallo CSJ SL8002-2014, señalándose:

*“(....) Así se afirma por cuanto la jurisprudencia de **la Corte ha precisado que la naturaleza del despido no es la de una sanción, por lo que para adoptar una decisión de esta índole el empleador, salvo convenio en contrario, no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario; así se dijo, por ejemplo, en las sentencias del 10 de agosto de 2000, radicación, febrero 19 de 2002, radicación 17453 y julio 25 de 2002, radicación 17976, entre otras**”.*

iii) si hay lugar a aplicar en este caso el principio de favorabilidad y a que la sanción sea proporcional.

En este punto, se observa que los argumentos del recurrente van encaminados a establecer que la sanción impuesta debió ser más proporcional con la falta cometida y en tal virtud, busca que se de aplicación del principio de favorabilidad, pretendiendo que se tenga en cuenta determinado en la investigación disciplinaria que la empresa adelantó y culminó con decisión del 27 de abril de 2017, en donde se concluyó que el trabajador debía ser suspendido del cargo por cinco (5) meses, reprochando así que el Comité de Reclamos optó por acoger lo menos favorable para el empleado.

Para dar respuesta al recurrente, debe señalarse que tal y como se dijo en párrafos anteriores, Ecopetrol no estaba obligado a agotar el trámite disciplinario previsto en la Ley 734/02, para efectos de dar por terminado el vínculo laboral al actor.

Ahora bien, aun cuando se advierte que dicho procedimiento se adelantó por la empleadora y culminó con la decisión del 27 de abril de 2017, confirmando el fallo de primera instancia emitido por parte de la Gerencia de Control Disciplinario, que dispuso una sanción consistente en suspensión e inhabilidad por cinco (5) meses al actor (fs. 666 a 674), ello en manera alguna puede conllevar a restarle validez a la decisión de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo a partir del 21 de mayo de 2015, puesto que como se explicó en líneas precedentes, para ello se surtió de manera previa el procedimiento que establecía la convención colectiva de trabajo que regía al interior de la enjuiciada, con lo cual se garantizó el debido proceso, siendo este el único trámite que estaba obligado a realizar la empleadora conforme a la jurisprudencia de la Sala de

Casación de la Corte Suprema de Justicia.

Acorde con lo anterior, pese a que el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga en el fallo de tutela del 30 de julio de 2015, ordenó a Ecopetrol que debía adelantar «*la investigación disciplinaria respetando los parámetros señalados por la Corte Constitucional en la sentencia T 593 de 2014*», por considerar que «*el procedimiento señalado en el artículo 84 del Reglamento Interno de Trabajo*» (sic), adelantado por dicha entidad para dar por terminado el contrato de trabajo «*no se ajusta al debido proceso*», tal argumento no es de recibo para esta Sala de Decisión, pues como quedó visto y ampliamente explicado, conforme a la línea de pensamiento de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, en tratándose de servidores de Ecopetrol, estos se rigen por normas derecho privado se les aplica el Código Sustantivo del Trabajo y, para estos efectos, lo establecido en la convención colectiva de trabajo, de tal suerte que el procedimiento disciplinario que se surtió por la convocada a juicio, con posterioridad al finiquito contractual, no tiene efecto jurídico alguno, pues incluso, este culminó cuando el señor Redondo ya no era trabajador de la empresa, sin que pueda pensarse que en virtud tal investigación su contrato continuaba vigente.

Cabe agregar, que el régimen aplicable a los trabajadores de Ecopetrol es el privado, el cual está previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, así se dijo por la Corte Constitucional en la sentencia C-722 de 2007, en la que sostuvo:

En cuanto concierne específicamente a Ecopetrol, ha de tenerse en cuenta, además, que la coexistencia de la condición de servidores públicos y la sujeción de sus relaciones laborales a lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo, tampoco constituye una novedad introducida por la disposición acusada, sino que se remonta a 1951, cuando el Gobierno Nacional, en ejercicio de las autorizaciones que le fueran conferidas mediante la Ley 165 de 1948, expidió el Decreto 2027 de 1951, por el cual se adicionó el Decreto 30 de 1951, y se dispuso en su artículo 1º. que “Las relaciones de trabajo de la Empresa Colombiana de Petróleos, se regirán por el derecho común laboral contenido en el Código Sustantivo del Trabajo”.

La aludida disposición, adoptada en el mismo año en que se creó la Empresa Colombiana de Petróleos, obedece a la circunstancia histórica de que su creación se llevó a cabo con el personal y con los bienes que revirtieron a la Nación de la denominada Concesión de Mares. En efecto, las relaciones laborales existentes durante la vigencia de la aludida Concesión se regían por las normas del Código Sustantivo del Trabajo y, mediante el aludido Decreto 2027 de 1951, se dispuso que igualmente las relaciones laborales en Ecopetrol se rigieran por el aludido ordenamiento, para mantener así las condiciones de trabajo logradas durante la vigencia de la Concesión de Mares. Tal situación vino a reiterarse luego, en primer lugar, en el Decreto 62 del 20 de enero de 1970 y, posteriormente, mediante el Decreto 1209 de 1994, cuyo artículo 25 dispone que “Las relaciones de trabajo entre la Empresa y sus trabajadores, con excepción del Presidente de la misma, continuarán rigiéndose por las normas del Código Sustantivo del Trabajo y las leyes que lo adicionan y reforman”.

De igual manera, al disponerse el cambio de naturaleza de Ecopetrol a sociedad pública por acciones, mediante el Decreto Ley 1760 de 2003, se estableció en su artículo 55 que “Los funcionarios de la planta de personal de la Empresa Colombiana de Petróleos –

Empresa Industrial y Comercial del Estado - vigente a la fecha de promulgación del presente decreto continuarán con sus contratos laborales, en las mismas condiciones en las que fueron suscritos”.

En consecuencia, el artículo 7º. de la Ley 1118 de 2006 contiene igualmente la reiteración de la aplicabilidad de las normas del Código Sustantivo de Trabajo a las relaciones individuales que habrán de darse cuando ocurra el cambio de naturaleza jurídica de Ecopetrol S.A., así como la indicación expresa de que, surtido dicho cambio, la totalidad de sus servidores públicos tendrán el carácter de trabajadores particulares.

Y más adelante sostuvo:

Si se toma el texto integral de la disposición contenida en el artículo 7º. de la Ley 1118 de 2006, se pone en evidencia cómo, de lo que se trata es de señalar el régimen laboral aplicable a los servidores de Ecopetrol S.A. y, para tal efecto, se empieza por ratificar su condición de servidores públicos, para señalar luego que dichos servidores públicos tendrán el carácter de trabajadores particulares para efectos de la determinación del régimen jurídico aplicable a sus contratos individuales de trabajo, disposición que se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución, según el cual los empleados y los trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios son servidores públicos.

Significa lo anterior que la asignación del carácter de trabajadores particulares a los servidores públicos - para efectos de la aplicabilidad de las normas del Código Sustantivo de Trabajo y para asegurar la vigencia de las prerrogativas plasmadas en las convenciones colectivas de trabajo y demás acuerdos que puedan existir entre la entidad empleadora y sus trabajadores - resulta constitucionalmente admisible en la medida en que se respeten los derechos adquiridos de los trabajadores y se asegure la plena observancia de lo dispuesto en los artículos 53 y 58 de la Constitución Política.

Lo anterior, guarda estrecha relación con lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al sostener que a los trabajadores de Ecopetrol se les aplica el Código Sustantivo del Trabajo (ver la sentencia CSJ SL, 4 jul. 2012, rad. 44514, que reiteró la providencia CSJ SL, 18 abr. 1997, rad. 9286.

Bajo este contexto, resulta claro entonces que al ser régimen privado que se les debe aplicar a los trabajadores de Ecopetrol, en manera alguna resulta dable pretender que en el *sub examine* haya lugar a tener en cuenta lo decidido en la investigación disciplinaria que se adelantó por parte de Ecopetrol con base en la Ley 734 de 2002, mucho menos a que esta deba prevalecer, como tampoco a aplicar principio de favorabilidad, como lo aduce el recurrente, puesto que para ello se requiere que nos encontremos en presencia de dos normas que regulen el mismo caso y de donde surja la duda de su aplicabilidad o interpretación, lo que aquí no acontece pues, se insiste, la normatividad llamada a tener en cuenta frente a los empleados de Ecopetrol, es el Código Sustantivo del Trabajo, y no el propio de los servidores públicos a quienes sí debe seguirse los lineamientos de la Ley 734 de 2002.

Sobre el particular, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia,

recientemente, en la sentencia CSJ SL3015-2022, frente a la aplicación del referido principio, señalo:

*Por lo demás, **conviene precisar que no resulta admisible el reproche de la censura, en torno a que el juzgador de la alzada infringió el principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 constitucional, toda vez que su aplicación supone la coexistencia de dos interpretaciones sólidas contrapuestas, lo que significa que no es cualquier colisión interpretativa la que da lugar a aplicarla, sino aquella originada a partir de dos o más interpretaciones firmes y bien fundamentadas, que ponen al juez en un genuino dilema hermenéutico**, lo que no acontece en el sub examine [...]* (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

Y por esas mismas razones, no hay lugar a hablar de *proporcionalidad*, en tanto que conforme a la normatividad aplicable al señor Redondo que se reitera es la del régimen privado y que fue la tenida en cuenta por la convocada a juicio para efectos del finiquito contractual, no nos encontramos frente a una falta disciplinaria, sino ante una justa causa de terminación del contrato de trabajo, que como bien se sabe, conforme a la Jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, no tiene la connotación de una sanción.

En este orden, como en el recurso de apelación no se expusieron fundamentos respecto de la inexistencia de los hechos endilgados al trabajador y las faltas catalogadas como graves en el Reglamento Interno de Trabajo, pues pese a que se aludió a la inexistencia de estas, no hizo un desarrollo argumentativo tendiente a demostrar con explicaciones serias y coherentes, en qué consistía su discrepancia frente a tal aspecto, centrando su distanciamiento de la decisión del Tribunal de Arbitramento en este punto, en la proporcionalidad y la aplicación del principio de favorabilidad, aspectos que como quedó explicado no tiene asidero jurídico.

Las consideraciones que anteceden, son suficientes para negar el reintegro pretendido, confirmándose así la decisión del Tribunal de Arbitramento en este puntal aspecto.

COSTAS

Como quiera que el recurso de alzada no prosperó, se condenará en costas a la parte demandante, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del CPTSS.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

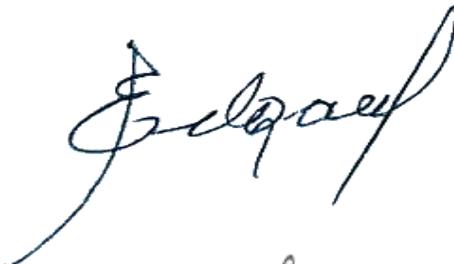
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el NUMERAL SEGUNDO de la decisión del Tribunal de Arbitramento, proferida el cinco (5) de abril de 2022, dentro del laudo arbitral, en cuanto declaró probada la excepción de cosa juzgada constitucional, para en su lugar declararla no probada, acorde con los argumentos expuestos en esta providencia

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia, de conformidad con los fundamentos señalados en esta decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Protección S.A.

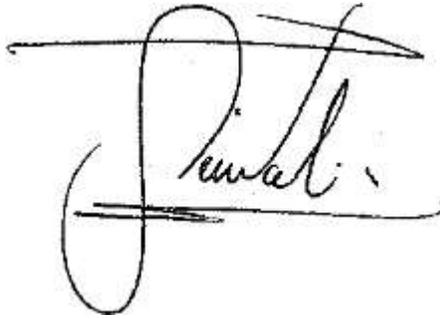
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



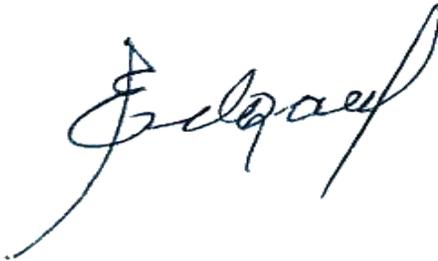
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$500.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ ELBA VILLAR ACOSTA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintiún (21) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

La demandante pretende se declare la «ineficacia» del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la afiliación sin solución de continuidad al RPM. En consecuencia, solicitó se condene a Porvenir S.A. a devolver los bonos pensionales, aportes existentes en la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, intereses, comisiones, reintegro del cobro de administración y de servicios financieros a Colpensiones y, a esta última, recibir las sumas antes indicadas; de igual forma solicitó que se acceda a lo probado *ultra* y *extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 20 de julio de 1962; que cotizó al ISS desde septiembre de 1981, hasta enero de 1995, un total de 636,42 semanas y que se trasladó al RAIS en febrero de 1995; que el fondo de pensiones no cumplió con el deber de información porque no la ilustró acerca de las consecuencias del traslado, las ventajas, desventajas y condiciones de acceso a las prestaciones en ambos regímenes pensionales, no elaboró cuadros comparativos, no informó de la posibilidad de realizar aportes voluntarios ni las modalidades de pensión en el RAIS,

asimismo; que el formulario de vinculación fue diligenciado por el asesor comercial y este no le advirtió que con este se trasladaría de régimen, además que no acreditó su preparación y capacitación en el tema.

Señala que el fondo de pensiones le dijo que de no trasladarse correría el riesgo de perder los aportes en el ISS dada su posible desaparición; que en el RAIS podía pensionarse anticipadamente con una mesada superior a la que podría obtener en el RPM. Agregó, que el fondo le entregó la proyección pensional el 28 de enero de 2020, en la cual se proyectaba una mesada pensional de un salario mínimo al cumplir 60 años e indicó que en el RPM a los 57 años hubiera recibido una mesada superior a la allí proyectada. Finalmente presentó reclamación administrativa ante Colpensiones el 19 de febrero de 2020 (f.º 5 a 14).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, el tiempo de vinculación al ISS y la reclamación administrativa; negó que hubiera aportado al ISS 636,42 y aclaró que aportó al ISS un total de 513,57 semanas de acuerdo con la historia laboral. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito *«inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica»* (f.º 72 a 98).

PORVENIR S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la fecha de traslado de régimen de pensional y la proyección pensional entregada. Negó no haber cumplido con el deber de información, haber utilizado información de terceros como el ISS, haber informado que podría pensionarse anticipadamente con una pensión superior que el ISS, no haber informado de la posibilidad de realizar aportes voluntarios y que

sus asesores no estuvieran capacitados para dar la información sobre los regímenes pensionales.

Aclaró, que informó de manera oportuna, clara y veraz sobre las características, condiciones, requisitos y funcionalidad del RAIS conforme a la normatividad vigente para la fecha del traslado y en ese momento no era posible establecerle ventajas o desventajas de los regímenes pensionales porque le faltaba mucho tiempo para consolidar el derecho.

Dijo, que la obligación de asesoría e información nació a partir de la normatividad expedida en el año 2015; además, que toda la información estaba contenida en la ley 100 de 1993, por lo que la demandante pudo validarla en cualquier momento; que el único documento válido para realizar el traslado era el formulario de afiliación, que si le informó sobre la posibilidad de pensionarse anticipadamente pero que estaba condicionado al capital acumulado de la cuenta, que los asesores contaban con plenas capacidades profesionales para brindar la información de los sistemas y que para la fecha del traslado no existía la obligación de realizar proyecciones pensionales.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito «*prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe*» (f.º 173 a 201).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de septiembre de 2021 (f.º 426 a 428, CD1), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional Luz Elba Villar Acosta a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., realizada en 1995, por los motivos expuestos. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a que una vez efectúe el anterior trámite acepte sin dilación alguna

el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

Como fundamento de su decisión, expuso que la selección de cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria – literal b artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –, lo cual presupone un conocimiento de las consecuencias de la decisión en sus derechos prestacionales, por lo que no se estima satisfecho este requisito con la simple expresión genérica plasmada en el formulario de afiliación y le corresponde al fondo de pensiones demostrar el cumplimiento del deber de información – SL12136-2014 –; asimismo, indicó que la oportunidad para brindarse esta información es al momento del traslado de régimen pensional, no con posterioridad.

Señaló, que la demandante adujo que al momento del traslado no fue debidamente ilustrada acerca de los riesgos de esta decisión, mientras que Porvenir S.A. manifestó que sí cumplió con su deber; sin embargo, para ese momento no existía la obligación de documentar el contenido de la asesoría; así las cosas, como la manifestación de la demandante corresponde a un supuesto negativo, le correspondía al fondo de pensiones acreditar su cumplimiento.

Sostuvo, que la jurisprudencia ha establecido que para que proceda la ineficacia del traslado no es necesario tener un derecho consolidado o próximo a consolidarse, pues la violación del deber de información se predica la validez del acto jurídico. Ahora bien, en el interrogatorio de parte, la demandante ratificó lo expuesto en la demanda, a saber: no haber recibido información suficiente, oportuna y veraz; si bien se aportó el formulario de afiliación, de este documento no se desprende si el fondo cumplió con este deber, por lo que concluyó que Porvenir S.A. incumplió con su deber de información y declaró la ineficacia del traslado con las consecuencias que conlleva; aclaró que si bien se aplican los efectos dispuestos por la ineficacia en el derecho privado, no se aplica completamente porque se hace valer el carácter tutelar y la preservación de situaciones consolidadas, por lo que el afiliado no está en la obligación de restituir los rendimientos generados. Finalmente, resalto el carácter imprescriptible de la acción.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. solicitó sea revocada la sentencia de instancia. En sustento del recurso, expone que esa entidad siempre actuó de buena fe en relación con el traslado de régimen pensional que realizó la demandante de forma libre, voluntaria y

consciente como quedó consignado en el formulario de afiliación; que cumplió con las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico al momento del traslado – artículo 11 del Decreto 692 de 1994; artículo 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 –, por lo que no es procedente la declaratoria de ineficacia.

Sostuvo, que el verdadero motivo de la demandante para retornar al RPM no es la falta al deber de información sino el incumplimiento de las expectativas pensionales. Respecto a la prescripción, indicó que el acto de afiliación sí es susceptible de aplicársele esta institución ya que no está en discusión la consolidación o causación del derecho prestacional.

Manifestó, que no es procedente devolver suma distinta a las cotizaciones junto a los rendimientos financieros, porque el fondo no incurrió en ningún tipo de falta por lo que no tiene porque verse afectada en su propio patrimonio; además, las sumas correspondientes a gastos de administración ya fueron utilizadas para la gestión de los recursos; al ordenarse a devolver estas, se generaría un detrimento patrimonial y un enriquecimiento a favor de Colpensiones. Finalmente, aludió a la figura de *reformatio in peius* en caso de ser apelante único.

COLPENSIONES pretende que sea revocada la sentencia de instancia. Como fundamento, indicó que la demandante firmó el formulario de vinculación de manera libre y voluntaria de acuerdo con la información que le fue suministrada por el fondo de pensiones, que no es válido imponer obligaciones a los fondos no previstas en el ordenamiento jurídico al momento del traslado, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima.

Señaló, que la Corte Suprema de Justicia otorga un alcance que no corresponde a lo contenido en los Decretos 663 de 1993, y Decreto 693 de 1994, porque la simple suscripción del formulario y la información brindada por el asesor, son suficientes para que la afiliación fue válida y libre de vicios del consentimiento, por lo que no debe declararse la ineficacia del traslado; además, que este documento no fue tachado dentro del proceso, por lo que se advirtió una aceptación tácita de las condiciones de la afiliación y el silencio lo ratificó.

V. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor

de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: i) que el actor cotizó al ISS desde septiembre de 1981, hasta enero de 1995, un total de 636,42 semanas (fs. 217 y 218); y ii) que suscribió formulario de afiliación a Invertir S.A, hoy Porvenir S.A. el 17 de enero de 1995 (f.º203) el cual se hizo efectivo el **1° de febrero de 1995** (f.º241).

Conforme a los antecedentes, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información y, si como consecuencia de lo anterior, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados, gastos de administración, rendimientos, primas previsionales y la suma destinada al fondo de garantía de pensión mínima.

DEBER DE INFORMACIÓN

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y pacífica jurisprudencia ha considerado que, desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que creó a las administradoras privadas de pensiones, se estableció la obligación de informar al momento de traslado en forma clara, precisa y oportuna, las características de los regímenes pensionales, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas a su labor, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, prudente, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares y la historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

De modo que, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En este sentido, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Asimismo, no desconoce esta Sala de Decisión que el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y con ello las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones, de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se pasó al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021).

CARGA PROBATORIA

Tal como lo ha fijado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quienes tienen la obligación de acreditar el cumplimiento del deber de información son los fondos de pensiones, pues tienen la posición más favorable, ya que la documentación soporte del traslado debe conservarse en sus archivos.

Adicionalmente, al centrarse el debate en que los fondos de pensiones no suministraron la información pertinente, no se le puede exigir al afiliado una prueba sobre esta manifestación, pues corresponde a un supuesto de hecho negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que si cumplió con esta obligación (SL1957-2022).

TRASLADO SIN CONDICIONES ESPECIALES

Es imperioso reiterar que, el deber de información a cargo del fondo de pensiones, para la época del traslado, se circunscribe a suministrar información suficiente y transparente que permitiera al afiliado vincularse al régimen que más le favoreciera, de modo que, es indiferente para esta Sala de Decisión y así lo ha manifestado la Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia, que el afiliado deba ser beneficiario del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia como incumplimiento de este deber y menos si el traslado genera

algún tipo de perjuicio, pues se itera, «*la violación al deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo*» (SL1452-2019).

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar, que tal como se desprende de los medios de convicción del proceso, la solicitud de vinculación ante el fondo de pensiones Invertir S.A, hoy Porvenir S.A. se realizó el 17 de enero de 1995 (f.º203) y se hizo efectiva el **1° de febrero de 1995** (f.º241), cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, según la cual, debe entregar información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajuste a sus intereses.

De ahí que, Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, de modo que, no se le está imponiendo obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico como lo expuso el *ad quo*, pues esta obligación viene consignada en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, a pesar de que se firmó el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso «*voluntad de selección y afiliación*», no por este hecho se puede concluir que el acto de traslado estuvo mediando por la voluntad de la demandante, pues, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que este tipo de aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, dado que a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (CSJ SL1949-2022 que reitera CSJ SL19447-2017).

Ahora bien, con respecto a los actos de relacionamiento y la permanencia en el régimen a través del tiempo, la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, como consecuencia de la falta de información, el acto jurídico no se torna en eficaz por: i) los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas, ii) porque no se haya expresado inconformidad alguna con el sistema o iii) porque ha permanecido en el mismo (CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022).

En ese orden, no puede sostenerse que porque ha permanecido en el régimen por mucho tiempo, conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que, lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional del RPM al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad.

Bajo el anterior contexto, a pesar de que los fondos de pensiones tenían la obligación legal de probar el cumplimiento del deber de información, no lograron probarlo, por el contrario, resulta claro para esta Sala de Decisión que las administradoras de pensiones incumplieron con el deber de brindar información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba retirarse del RPM al que se encontraba afiliada. En consecuencia, se debe declarar la **ineficacia del traslado**, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

La declaración de ineficacia trae como consecuencia suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, es decir, con efectos *ex tunc* (desde siempre).

Bajo este horizonte, resulta totalmente válido que se disponga que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones y los gastos de administración, conceptos que debe ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, así lo ha respaldado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1467-2021 adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado.

junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar que, vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones, las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022) entre muchas otras; como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe a la afiliada.

Por lo anterior, se hace necesario modificar el numeral SEGUNDO para adicionar la devolución de los bonos pensionales, si los hubiere, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia por el tiempo que estuvo vinculada en el fondo de pensiones, rubros que deben ir debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, pues como lo dispone la sentencia estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos se financiará las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, la devolución de **manera íntegra** a Colpensiones de todos los dineros aportados por el afiliado al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala de Decisión ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

VI. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

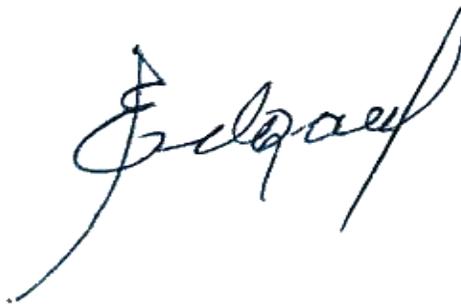
PRIMERO: ADICIONAR al numeral SEGUNDO de la sentencia de instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones además de lo ya indicado en este numeral, lo correspondiente los bonos pensionales, si los hubiere, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, además de que, al momento de cumplirse la orden dispuesta en este numeral, esta entidad deberá discriminar todos los conceptos

ordenaros a trasladar con sus respectivos valores, el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones.

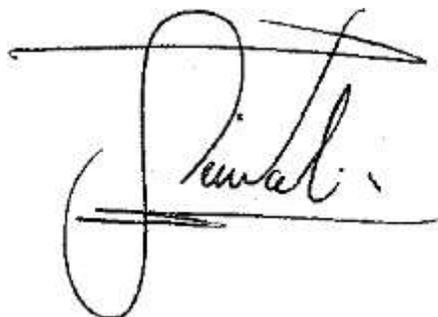
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



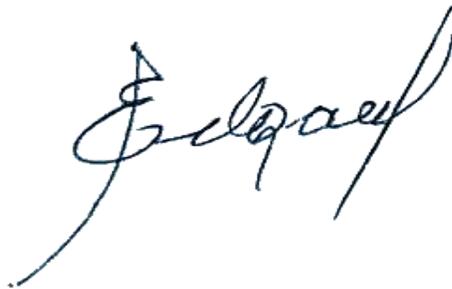
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fija como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones la suma de \$1.000.000 cada una.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Édgar Rendón Londoño', written in a cursive style.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FRANCISCO HENRY CABRERA ZAMBRANO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintiún (21) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

El demandante pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A. En consecuencia, solicitó se condene a esta última a retornar los valores consignados en la cuenta de ahorro individual y los rendimientos a Colpensiones y, a esta última, a reactivar la afiliación y recibir los aportes. Por último, solicitó las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 27 de abril de 1961; que cotizó al ISS, hoy Colpensiones desde el 30 de marzo de 1992 hasta el 18 de septiembre de 1998, un total de 90 semanas y a Porvenir S.A desde 1° de febrero de 1999, hasta noviembre de 2017, un total de 964 semanas.

Indicó que en febrero de 1999 firmó el formato de vinculación de afiliación a Porvenir S.A. sin que le fuera suministrado información clara, veraz y completa

sobre las consecuencias, riesgos, condiciones de acceso a las prestaciones y monto de la mesada pensional, ocultando información que afectaba sus intereses.

Asimismo, manifestó que la proyección de la pensión al cumplir 62 años en el RPM sería de \$4.281.865 y en el RAIS de \$1.028.500, por lo que interpuso derecho de petición ante Porvenir S.A. y Colpensiones el 5 de julio de 2018. Porvenir S.A. negó la petición, mientras que Colpensiones no respondió (f.º 3 a 11).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, los aportes que fueron efectuados tanto en el RPM como en el RAIS, la fecha de traslado a Porvenir S.A, el monto de la mesada pensional que fue proyectada en el RPM y en el RAIS, la petición interpuesta y la respuesta brindada. Frente a los demás hechos manifestó que no le constaban. En su defensa, propuso las excepciones de «*inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada e innominada o genérica*» (f.º 45 a 60).

PORVENIR S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la proyección de la mesada pensional que realizó a su entidad, la petición incoada y la respuesta brindada. Negó la fecha de afiliación a su entidad, así como no haber suministrado información suficiente al momento del traslado.

Aclaró que al momento del traslado suministró información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz de las características de ambos regímenes para que tomara una decisión libre, como quedó consignado en el formulario de vinculación; que la diferencia en el monto de la mesada pensional no es prueba de una mala asesoría, pues lo que protege el sistema general de seguridad social es la protección a las contingencias de vejez, muerte e invalidez y no la de garantizar el valor de una mesada pensional y que la fecha en que suscribió la solicitud de vinculación fue el 15 de enero de 1999, y se hizo efectiva el **1º de marzo de 1999**. En su defensa, propuso las excepciones de fondo de «*prescripción, falta de la causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa e innominada o genérica*» (f.º 124 a 134).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de marzo de 2021 (f.º 244, CD 5), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR la INEFICACIA del traslado del señor FRANCISCO HENRY CABRERA ZAMBRANO identificado con C.C N° 12.987.247 de Pasto, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la APF PORVENIR S.A. PENSIONES Y CENSANTIAS S.A. identificada con NIT N°800.144.331-3, realizado el día 15 de enero de 1999, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante FRANCISCO HENRY CABRERA ZAMBRANO identificado con C.C N°12.987.247 de Pasto, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 30 de marzo de 1992, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. identificada con NIT N° 800.144.331-3 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor FRANCISCO HENRY CABRERA ZAMBRANO identificado con C.C. N°12.987.247 de Pasto, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Como fundamento de su decisión, indicó que el problema jurídico consistía en determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad es ineficaz ante la supuesta omisión del deber de información de Porvenir S.A, al momento del traslado.

Para el efecto, señaló que los fondos de pensiones deben garantizar que el traslado se haga de manera libre y voluntaria con la entrega de información suficiente y transparente que permite a los afiliados elegir entre las distintas opciones, la que mejor se ajuste a sus intereses, se debe suministrar información sobre las características, condiciones de acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, así como las características y desventajas y las consecuencias de este acto jurídico.

Sostuvo, que la aseveración del afiliado de no haber recibido información completa corresponde a un supuesto negativo que solo puede desvirtuarse acreditando que sí se brindó la información, obligación que por inversión de la carga

de la prueba le corresponde al fondo de pensiones, pues es quién debe conservar los archivos y demostrar ante las autoridades su pleno cumplimiento, además de estar en la mejor posición probatoria. Refirió que el deber de información no sufre variaciones cuando se trata de beneficiarios del régimen de transición, pues este no se exige esta condición para que deba ser protegido.

Manifestó, que en el caso bajo estudio no evidencia prueba sobre la información que le fue suministrada a la demandante acerca de las implicaciones del traslado, el ofrecimiento y las condiciones en que se efectuó, menos haber realizado simulación pensional o cuadro comparativos de ambos regímenes pensionales, por lo que no se deduce que cumplieron con el deber legal de información.

Asimismo, aclaró que el formulario de afiliación solo contiene información básica y lo correspondiente a la cláusula de retracto, lo que evidencia que no existe la información mínima que se debe suministrar y la información que manifiesta la demandante le fue suministrada fue errada en relación con la desaparición del ISS y no le suministró información de fondo dentro de los términos indicados, que le hubiese permitido tomar una decisión consciente.

Por lo anterior, concluyó que las partes demandadas no cumplieron con la carga de probar el cumplimiento del deber de información y por ello, no le era permitido realizar el cambio de régimen, por lo que declaró la ineficacia del traslado. Frente a la excepción de prescripción indicó que es imprescriptible pues se trata de una pretensión declarativa, además que forma parte del derecho irrenunciable a la seguridad social.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. solicita que sea revocada la sentencia de instancia. En sustento, señaló que, el traslado de régimen pensional fue totalmente válido pues cumplió con los requisitos exigidos por la normatividad al momento del traslado, época en la que no existía la obligación de realizar comparación de regímenes, proyecciones pensionales, doble asesoría y buen consejo.

Manifestó, que desconoció las testimoniales de los compañeros de trabajo del demandante que indicaron que se les dio a conocer características de ambos regímenes pensionales, por lo que mal hace el fallador al decir que no se le otorgó

información o la debida información. Igualmente, señaló que no podía indicársele las consecuencias negativas del traslado en el derecho pensional porque al momento del traslado faltaban más de veinte años para consolidar la eventual mesada pensional y aun si hubiera realizado la proyección esta sería alejada de la realidad.

En cuanto a la condena a devolver los gastos de administración, se aparta con fundamento en que estos descuentos están autorizados en la ley y generaron rendimientos en la cuenta fruto de la gestión de la entidad

COLPENSIONES solicita sea revocada la sentencia de instancia pues el *a quo* paso por alto los requisitos legales exigidos al momento del traslado eran la aceptación libre y voluntaria que se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, de ahí que no es razonable que le impongan obligaciones no dispuestas en el ordenamiento jurídico, pues vulnera el principio de confianza legítima y legalidad; además, de constituir un imposible, pues no existía una exigencia diferente a la firma del formulario.

Recordó que los actos jurídicos tienen efectos interpartes, por lo que las consecuencias que se derivan de la terminación de estos es igual. Además, señaló que, la decisión de trasladar a la demandada afecta el principio de sostenibilidad financiera, pues los recursos que se retornan no cubren la pensión que se pretende.

Finalmente, solicita que en caso de que se confirme la sentencia se mantenga la condena impuesta, en el sentido de que debe reintegrar a Colpensiones la totalidad de la cotización que recibió por parte de la demandante y se adicione en la sentencia la condición que el cumplimiento de lo ordenado a su representada este sujeto al reintegro de los recursos y actualización de la información por parte del Fondo de pensiones.

V. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en lo que esta última no apeló, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión que el demandante estuvo vinculado la Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones desde el 30 de

marzo de 1992, hasta el 31 de diciembre de 1998, cotizando un total de 90,29 semanas conforme a la historia laboral del 30 de septiembre de 2020 (f.º195); que suscribió solicitud de vinculación de traslado al RAIS el 15 de enero de 1999 (f.º135), el cual se hizo efectivo el 1º de marzo de 1999 (f.º135), acreditándose una densidad de aportes de 964 semanas.

Conforme a los antecedentes, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información y, si como consecuencia de lo anterior, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados, gastos de administración, rendimientos, primas previsionales y la suma destinada al fondo de garantía de pensión mínima.

DEBER DE INFORMACIÓN

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y pacífica jurisprudencia ha considerado que, desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que creó a las administradoras privadas de pensiones, se estableció la obligación de informar al momento de traslado en forma clara, precisa y oportuna, las características de los regímenes pensionales, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas a su labor, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, prudente, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares y la historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

De modo que, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En este sentido, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Asimismo, no desconoce esta Sala de Decisión que el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y con ello las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones, de ahí que del deber de información necesaria (1993-2009) se pasó al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021).

CARGA PROBATORIA

Tal como lo ha fijado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quienes tienen la obligación de acreditar el cumplimiento del deber de información son los fondos de pensiones, pues tienen la posición más favorable, ya que la documentación soporte del traslado debe conservarse en sus archivos.

Adicionalmente, al centrarse el debate en que los fondos de pensiones no suministraron la información pertinente, no se le puede exigir al afiliado una prueba sobre esta manifestación, pues corresponde a un supuesto de hecho negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que si cumplió con esta obligación (SL1957-2022).

TRASLADO SIN CONDICIONES ESPECIALES

Es imperioso reiterar que, el deber de información a cargo del fondo de pensiones, para la época del traslado, se circunscribe a suministrar información suficiente y transparente que permitiera al afiliado vincularse al régimen que más le favoreciera, de modo que, es indiferente para esta Sala de Decisión y así lo ha manifestado la Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia, que el afiliado deba ser beneficiario del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia como incumplimiento de este deber y menos si el traslado genera algún tipo de perjuicio, pues se itera, «*la violación al deber de*

información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» (SL1452-2019).

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar, que tal como se desprende de los medios de convicción del proceso, la solicitud de vinculación ante el fondo de pensiones Porvenir S.A. se realizó el día **15 de enero de 1999** (f.º135), cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, según la cual, debe entregar información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajuste a sus intereses.

De ahí que, Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado, de modo que, no se le está imponiendo obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico como lo plantea la recurrente, pues esta obligación viene consignada en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Ahora bien, a pesar de que se firmó el formulario de vinculación bajo un texto pre-impreso denominado «*voluntad afiliado*», no por este hecho se puede concluir que el acto de traslado estuvo mediando por la voluntad del demandante, pues, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que este tipo de aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, dado que a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (CSJ SL1949-2022 que reitera CSJ SL19447-2017).

Ahora bien, con respecto a los actos de relacionamiento, la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, como consecuencia de la falta de información, el acto jurídico no se torna en eficaz por: i) los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas, ii) porque no se haya expresado inconformidad alguna con el sistema o iii) porque ha permanecido en el mismo (CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022).

Bajo el anterior contexto, a pesar de que los fondos de pensiones tenían la obligación legal de probar el cumplimiento del deber de información, no lograron probarlo, por el contrario, resulta claro para esta Sala de Decisión que las

administradoras de pensiones incumplieron con el deber de brindar información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba retirarse del RPM al que se encontraba afiliado. En consecuencia, se debe declarar la **ineficacia del traslado**, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

La declaración de ineficacia trae como consecuencia suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, es decir, con efectos *ex tunc* (desde siempre).

Bajo este horizonte, resulta totalmente válido que se disponga que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones y los gastos de administración, conceptos que debe ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, así lo ha respaldado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1467-2021 adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar que, por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones, las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022) entre muchas otras; como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado, sin que sea de recibo la sentencia referida por el a quo para negar el reconocimiento de los mismos, pues como bien lo mencionó se trató del estudio de una ineficacia de traslado respecto de un afiliado pensionado, lo cual no corresponde al presente asunto.

Por lo anterior, se hace necesario modificar el numeral TERCERO de la decisión de instancia, para adicionar la devolución del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los cuales deben ir debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, pues como lo dispone la sentencia estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos se financiará las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, la devolución de **manera íntegra** a Colpensiones de todos los dineros aportados por la afiliada al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala de Decisión ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

VI. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

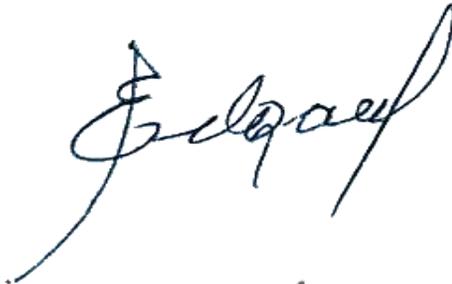
VII. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral TERCERO de la sentencia de instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones además de lo ya indicado en este numeral, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, además de que, al momento de cumplirse la orden dispuesta en este numeral, esta entidad deberá discriminar todos los conceptos ordenados a trasladar con sus respectivos valores, el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones.

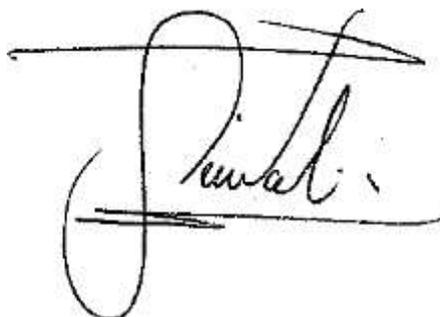
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., y Colpensiones la suma de \$1.000.000 cada una.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Édgar Rendón Londoño', written in a cursive style.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE VÍCTOR AUGUSTO FEDERICO ALBERTO BERMÚDEZ BOLAÑOS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintiún (21) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

El demandante pretende se declare la «*nulidad o ineficacia*» del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A. En consecuencia, solicitó se condene a esta última a devolver el monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual a Colpensiones. Por último, solicitó que se acceda a lo probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 11 de noviembre de 1959; que cotizó al ISS desde el 5 de septiembre de 1989, hasta el 31 de marzo de 1998, un total de 424,71 semanas y que se trasladó al RAIS en **abril de 1998**.

Manifestó, que fue presionado por el empleador para trasladarse al RAIS; que al momento del traslado no recibió información cierta, suficiente, clara y oportuna sobre los regímenes pensionales, las condiciones y requisitos para acceder a las prestaciones económicas, las implicaciones del traslado, la posibilidad de retornar al

RPM ni la fecha de redención del bono pensional, por lo que el traslado no estuvo mediado por un consentimiento informado.

Sostuvo, que ha cotizado en el RPM 1084 semanas y en el RAIS 1358 semanas; que Porvenir S.A. realizó simulación pensional en julio de 2019, y de esta información extrajo que su IBL es \$6.851.683; que solicitó a Colpensiones la recepción de aportes pensionales en virtud de la nulidad de afiliación en el RAIS el 9 de octubre de 2019, petición que fue negada (f.º2 a 10).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la fecha de vinculación a su fondo de pensiones, las semanas cotizadas en el RPM y en el RAIS, la simulación de proyección de la mesada pensional y el IBL extraído de la simulación.

Aclaró que el traslado de régimen pensional estuvo mediado por una asesoría clara, veraz y oportuna sobre las características del RAIS y forma de acceder a las prestaciones que le permitió comprender los efectos del acto jurídico celebrado; además, indicó que realizó un comparativo entre ambos regímenes pensionales; que sí le informó que tenía derecho a un bono pensional que sería redimido al cumplir 62 años y que la posibilidad de retornar al RPM era de público conocimiento pues esta información fue publicada en un diario de amplia circulación. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaba.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito *«prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe»* (f.º122 a 139).

COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, el tiempo de vinculación al ISS, las semanas cotizadas al ISS, la fecha de traslado al RAIS, la solicitud de recepción de aportes pensionales en virtud de la nulidad de afiliación y la respuesta brindada al respecto. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaba.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito, las de *«inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio*

de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema; buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción e innominada o genérica» (f.º116 a 133).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro aboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de agosto de 2021 (f.º180, CD3), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** de la afiliación que hizo el señor **VÍCTOR AUGUSTO FEDERICO ALBERTO BERMÚDEZ BOLAÑOS** a la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, suscrita el 05 de marzo de 1998 de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales del señor **VÍCTOR AUGUSTO FEDERICO ALBERTO BERMÚDEZ BOLAÑOS** nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definitiva.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor **VÍCTOR AUGUSTO FEDERICO ALBERTO BERMÚDEZ BOLAÑOS** como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir, lo que tenga el demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración, conforme la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a recibir al señor **VÍCTOR AUGUSTO FEDERICO ALBERTO BERMÚDEZ BOLAÑOS** como su afiliado, actualizar y corregir la historia laboral una vez reciba estos dineros **PORVENIR S.A.**

Como fundamento de su decisión, indicó que el problema jurídico consistía en establecer si al momento suscripción del formulario de afiliación la administradora de fondo de pensiones cumplió con el deber de información.

Para el efecto, expuso que, la afiliación a cualquiera de los regímenes pensionales debe ser libre y voluntaria – literal b, artículo 13 Ley 100 de 1993 – mediante la entrega de información suficiente y transparente que permita al afiliado elegir entre las distintas opciones del mercado, que la información comprende la descripción de las

características, condiciones, accesos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales.

Refirió, que de acuerdo con la jurisprudencia, el deber de brindar información recae sobre los fondos de pensiones, que se debe evaluar su cumplimiento de acuerdo al momento histórico, que el simple consentimiento en el formulario de vinculación no es suficiente para acreditar su cumplimiento, que la carga de la prueba corresponde a los fondos de pensiones y que la violación a este deber puede darse incluso si la persona tiene o no un derecho consolidado o es beneficiario o no del régimen de transición.

En virtud de lo anterior, constató que el fondo de pensiones no demostró que previo a la suscripción del formulario de vinculación hubiera cumplido con el deber de información en los términos indicados, pues de este documento si bien se desprende la manifestación libre, voluntaria y sin presiones de este no se desprende el cumplimiento de este deber, pues ni siquiera probó que un asesor asistiera al demandante al momento del traslado, situación que no cambia por el hecho de que haya sido el empleador quién lo invitó al traslado, porque es deber del fondo de pensiones garantizar que a los futuros afiliados reciban información suficiente al momento del traslado.

Reiteró, que la manifestación del afiliado de no haber recibido la información en los términos indicados es un supuesto negativo, que no puede demostrarse por quien se alega; que la consecuencia del incumplimiento de este deber es la ineficacia de la afiliación, por lo tanto, el afiliado no debe entrar a demostrar vicios en el consentimiento y como consecuencia ordenó a Porvenir S.A. el traslado de los aportes, rendimientos financieros y lo que dedujo por concepto de gastos de administración.

Finalmente, frente a la prescripción, sostuvo que, la jurisprudencia ha reiterado que la acción de ineficacia no prescribe porque los hechos y los estados jurídicos no están sujetos a esta institución.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. solicita sea revocada la sentencia de instancia. En sustento del recurso, expone que, no está de acuerdo con la interpretación que se le ha dado al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, porque de este no se desprende el deber de información, de ahí que, no hay lugar a la aplicación del artículo 271 de la

misma ley; que esta obligación tampoco se encontraba regulada en el Decreto 663 de 1993; que solo fue a partir de del Decreto 2055 de 2010, que inició su desarrollo, por lo que no es dable aplicar normas que no estaban vigentes al momento del traslado y que no debió invertirse la carga de la prueba, toda vez que, lo dicho por el demandante no se desprende negaciones indefinidas, correspondiéndole al demandante acreditar lo manifestado en la demanda.

Indicó, que de acuerdo con el debate probatorio lo que existió fue coacción por parte del empleador del demandante para afiliarlo a Porvenir S.A. sin que el fondo tuviera alguna injerencia en este acto, por lo que no hay lugar a declarar la ineficacia; que el demandante incumplió con sus obligaciones como consumidor financiero y el afiliado al sistema general de seguridad social, pues también tenía el deber de informarse y que no hay lugar acceder a la ineficacia del traslado, porque el objeto aludido por el demandante para el traslado es el valor de la mesada pensional y no que hubiese sido objeto de engaños y omisiones.

De forma subsidiaria, solicitó que sea revocada la condena a la devolución de los gastos de administración, porque no corresponde a las prestaciones mutuas ordenarlas y que las consecuencias de la figura de la ineficacia son *ex tunc*, de ahí que, no debería ordenarse la devolución de los rendimientos, pero en todo caso de ordenarse considera justo y equitativo que se reconozca la gestión de la administración.

Añadió, que al igual que en el RAIS, en el RPM también existe un descuento por gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, por lo que de haber pertenecido en el RPM también se le hubiera efectuado esos descuentos, que estas sumas ya fueron trasladadas a las aseguradoras para brindar la cobertura, por lo que resulta improcedente su traslado y Colpensiones no podría brindar una cobertura retroactiva. Finalmente, manifiesta que la prescripción si opera para estos conceptos.

COLPENSIONES solicitó sea revocada la sentencia. En sustento, adujo que el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado; que con la firma del formulario de afiliación manifestó su decisión de traslado; que no es beneficiario del régimen de transición; que ratificó su decisión de traslado por que efectuó aportes en el RAIS por más de diez años sin haber expresado inconformidad con el régimen por lo que el traslado tiene «*absoluta validez*»; además, que no se encuentra acredita vicios en el consentimiento y omisión de información para la toma de la decisión.

V. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en lo que esta última no apeló, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión: i) que el demandante realizó aportes al ISS desde el 5 de septiembre de 1989 hasta el 31 de marzo de 1998, un total de 424,71 semanas (f.º 21 a 23); ii) que suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A. el 5 de marzo de 1998 (f.º71), y el traslado se hizo efectivo el 1º de mayo de 1998 (f.º70).

Conforme a los antecedentes, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información y, si como consecuencia de lo anterior, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados, gastos de administración, rendimientos, primas previsionales y la suma destinada al fondo de garantía de pensión mínima.

DEBER DE INFORMACIÓN

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y pacífica jurisprudencia ha considerado que, desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que creó a las administradoras privadas de pensiones, se estableció la obligación de informar al momento de traslado en forma clara, precisa y oportuna, las características de los regímenes pensionales, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas a su labor, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, prudente, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares y la historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

De modo que, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de

la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En este sentido, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Asimismo, no desconoce esta Sala de Decisión que el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y con ello las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones, de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se pasó al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021).

CARGA PROBATORIA

Tal como lo ha fijado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quienes tienen la obligación de acreditar el cumplimiento del deber de información son los fondos de pensiones, pues tienen la posición más favorable, ya que la documentación soporte del traslado debe conservarse en sus archivos.

Adicionalmente, al centrarse el debate en que los fondos de pensiones no suministraron la información pertinente, no se le puede exigir al afiliado una prueba sobre esta manifestación, pues corresponde a un supuesto de hecho negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que si cumplió con esta obligación (SL1957-2022).

TRASLADO SIN CONDICIONES ESPECIALES

Es imperioso reiterar que, el deber de información a cargo del fondo de pensiones, para la época del traslado, se circunscribe a suministrar información suficiente y transparente que permitiera al afiliado vincularse al régimen que más le favoreciera, de modo que, es indiferente para esta Sala de Decisión y así lo ha

manifestado la Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia, que el afiliado deba ser beneficiario del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia como incumplimiento de este deber y menos si el traslado genera algún tipo de perjuicio, pues se itera, «*la violación al deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo*» (SL1452-2019).

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar, que tal como se desprende de los medios de convicción del proceso, la solicitud de vinculación ante el fondo de pensiones Porvenir S.A. se realizó el **05 de marzo de 1998** y se hizo efectiva el **1° de mayo de 1998**, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, según la cual, debe entregar información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajuste a sus intereses.

De ahí que, Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado, de modo que, no se le está imponiendo obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico como lo expuso el *ad quo*, pues esta obligación viene consignada en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, a pesar de que se firmó el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso «*voluntad de afiliación*», no por este hecho se puede concluir que el acto de traslado estuvo mediando por la voluntad del demandante, pues, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que este tipo de aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, dado que a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (CSJ SL1949-2022 que reitera CSJ SL19447-2017).

Ahora bien, con respecto a los actos de relacionamiento y la permanencia en el régimen a través del tiempo, la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, como consecuencia de la falta de información, el acto jurídico no se torna en eficaz por: i) los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas, ii) porque no se haya expresado inconformidad alguna con el sistema o iii) porque ha permanecido en el mismo (CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022).

En ese orden, no puede sostenerse que porque allá permanecido en el régimen por mucho tiempo, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que, lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional del RPM al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad.

Bajo el anterior contexto, a pesar de que los fondos de pensiones tenían la obligación legal de probar el cumplimiento del deber de información, no lograron probarlo, por el contrario, resulta claro para esta Sala de Decisión que las administradoras de pensiones incumplieron con el deber de brindar información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba retirarse del RPM al que se encontraba afiliado. En consecuencia, se debe declarar la **ineficacia del traslado**, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

La declaración de ineficacia trae como consecuencia suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, es decir, con efectos *ex tunc* (desde siempre).

Bajo este horizonte, resulta totalmente válido que se disponga que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones y los gastos de administración, conceptos que debe ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, así lo ha respaldado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1467-2021 adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de

pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar que, vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones, las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022) entre muchas otras; como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe a la afiliada.

Por lo anterior, se hace necesario modificar el numeral TERCERO para adicionar la devolución del bono pensional si lo hubiere, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia por el tiempo que estuvo vinculado en el fondo de pensiones, rubros que deben ir debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, pues

como lo dispone la sentencia estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos se financiará las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, la devolución de **manera íntegra** a Colpensiones de todos los dineros aportados por el afiliado al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala de Decisión ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

VI. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

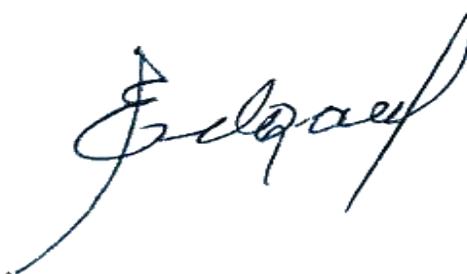
PRIMERO: ADICIONAR al numeral TERCERO de la sentencia de instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PROVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones además de lo ya indicado en este numeral, lo correspondiente al bono pensional si lo hubiere, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexado y con cargo a sus

propios recursos, además de que, al momento de cumplirse la orden dispuesta en este numeral, esta entidad deberá discriminar todos los conceptos ordenados a trasladar con sus respectivos valores, el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A.

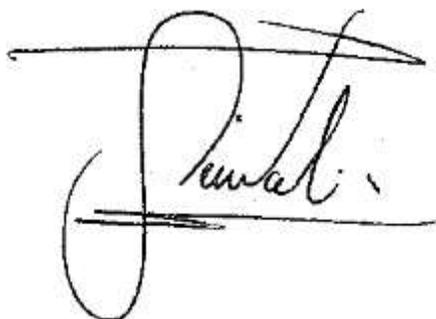
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



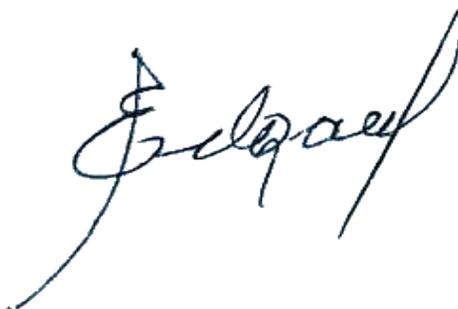
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fija como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., la suma de \$1.000.000 cada una.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Édgar Rendón Londoño', written in a cursive style.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ NIDIA ÁLVAREZ DÍAZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – COLFONDOS S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintiún (21) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

La demandante pretende se declare «*nulidad o ineficacia*» del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos S.A y, en subsidio, se declare «*inexistente*» el acto jurídico de traslado. En consecuencia, solicitó se condene a retornar las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos financieros a Colpensiones y, a esta última reactivar la afiliación, recibir los aportes y rendimientos devueltos y actualizar y corregir la historia laboral; de igual forma solicitó el reconocimiento y pago de perjuicios morales y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 14 de abril de 1962; que estuvo afiliada al ISS desde 1980, hasta 1994; que se trasladó a Colfondos S.A. el 17 de mayo de 1995; que en 1998, uno de sus empleadores hizo un aporte a Colpensiones generando una multifiliación no resuelta.

Manifestó, que se trasladó de régimen pensional creyendo que era más beneficioso que el RAIS; que el asesor comercial no contaba con la formación profesional que le permitiera suministrar información completa, veraz y suficiente sobre el sistema general de pensiones y que no le informó de los riesgos y consecuencias del traslado de régimen; que no le advirtieron que la pensión podía ser inferior a la del RPM; que eventualmente no podría pensionarse, si el capital resultaba insuficiente; que la negociación del bono pensional implicaba un sacrificio financiero, así como tampoco, le explicaron cómo funciona financieramente el fondo privado y sobre el derecho de retracto; que se le informó que la condición pensional sería mucho más ventajosa; que el ISS desaparecería y que el monto de la mesada pensional sería mejor.

Manifestó, que Colfondos S.A. realizó una proyección pensional del monto de la mesada pensional al cumplir 57 años y arroja que en el RAIS sería de \$828.116, mientras que en el RPM sería de \$2.120.635, lo que evidencia que el RAIS es más desfavorable que el RPM; que presentó solicitud de nulidad de afiliación ante Colfondos S.A y Colpensiones, el 26 de junio de 2019, entidad que negó la solicitud, mientras que Colfondos S.A. no le ha dado respuesta. (expediente digital, archivo 01, pdf 4 al 14)

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A. Se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la solicitud de nulidad de la afiliación. Negó no haber suministrado la información técnica y adecuada sobre el Sistema General de Pensiones al momento de suscribir el formulario de vinculación, no tener asesores capacitados sobre el Sistema General de Pensiones, no haber advertido sobre los riesgos del traslado, no haber brindado información sobre el derecho de retracto y no haber respondido la petición.

Aclaró, que el traslado se realizó de manera libre, voluntaria e informada sobre las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS; que se le comunicó que el valor real de la pensión se determinaría cuando cumpliera los requisitos para acceder a la prestación económica; que siempre ha capacitado a sus asesores y estos entregaron información objetiva de ambos regímenes pensionales; que la asesoría fue verbal, en razón a que no era obligatorio conservar por escrito la asesoría brindada e informó sobre el derecho de retracto.

Sostuvo, que el traslado de régimen depende exclusivamente del afiliado, quien determina la conveniencia después de recibir la información completa; que la demandante ha decidido permanecer dentro del régimen a pesar de contar con mecanismos previstos en la Ley para regresar al RPM como el retracto, periodo de gracia y antes de cumplir los 10 años de la edad para pensionarse, por lo que mal podría predicarse una nulidad después de permanecer en el régimen durante 21 años.

Que el hecho de que el valor de la mesada pensional no cumpla con las expectativas del afiliado no implica causal de nulidad y aclaró que dio respuesta de fondo a la solicitud de nulidad presentada. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban. En su defensa, propuso como excepciones de mérito, las de «*inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago e inexistencia de perjuicios*» (expediente digital, archivo 04, pdf 1 a 34).

COLPENSIONES. Se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la calenda de vinculación al ISS, la de traslado a Colfondos S.A., la proyección pensional entregada por Colfondos S.A., la presentación de la nulidad de la afiliación y la respuesta brindada.

Negó haber recibido aportes en el año 1998, la existencia de una multivinculación, que se pueda hablar de ventajas y desventajas de cada régimen y que el consentimiento estuvo viciado. Aclaró, que la última fecha de vinculación al ISS fue el 30 de junio de 1995, que no puede hablarse de ventajas o desventajas de los regímenes pensionales, pues cada uno es especial y tiene características diferentes; que el consentimiento no está viciado porque no se demostró vicios en el consentimiento. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban. En su defensa, propuso como excepciones de mérito, las de «*prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos*» (expediente digital, archivo 05, pdf 2 al 16).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 16 de septiembre de 2021 (expediente digital, archivo 11), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de 1995.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

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

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada COLFONDOS. Fijándose como agencias en derecho la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$1.000.000).

Como fundamento de su decisión, expuso que la figura de la nulidad se estudia bajo la óptica de los artículos 1741, 1743 y 1750 del Código Civil y que al tratarse de nulidades relativas adquiere firmeza después de cuatro (4) años; sin embargo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL12136-2014, concluyó que este tipo de casos debe analizarse desde la figura de la ineficacia – artículo 271 de la Ley 100 de 1993 –; de este modo, para que se entienda que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria, se debe verificar si el fondo de pensiones informó al afiliado de los riesgos y características propias de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera una manifestación autónoma y consciente.

Adujo, que el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, establece que los fondos de pensiones constituyen patrimonios autónomos propiedad de los afiliados, por lo que se les debe aplicar los artículos 1232 y 1243 del Código de Comercio, que concreta entre sus funciones y obligaciones proteger y defender los intereses de los beneficiarios; que el deber de información existió desde la creación de los fondos de pensiones y que estos deben probar su cumplimiento, resaltando que no basta con la simple suscripción del formulario de afiliación, pues resulta insuficiente para demostrar el consentimiento informado.

Indicó, que solo disponía del formulario de afiliación para acreditar este deber; sin embargo, de este no se desprende información adicional a los datos personales, por lo que acudió al interrogatorio de parte en el cual, si bien la demandante aludió a algunas características del RAIS, estas no fueron explicadas de forma clara y precisa y faltó darle a conocer de otras tantas, información que le hubiese permitido tomar la decisión más favorable para su futuro pensional, por lo que declaró la ineficacia del traslado con sus consecuencias.

Por último, con respecto a la prescripción, expuso que no opera en esta figura porque está íntimamente ligada con la construcción del beneficio pensional. En cuanto a los perjuicios morales, no accedió porque no se acreditó su causación.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

DEMANDANTE. Solicita sea revocada de manera parcial la sentencia de instancia. En sustento del recurso, expone que, se debe condenar en costas a Colpensiones, toda vez que fue la parte vencida dentro del proceso.

V. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión que la demandante suscribió el formulario de afiliación a Colfondos S.A. el **17 de mayo de 1995** (expediente digital, archivo 01, pdf 18), y se hizo efectivo el **1° de junio de 1995**(expediente digital, archivo 04, pdf 35).

Conforme a los antecedentes, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A. es ineficaz por falta de información y, si como consecuencia de lo anterior, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados, gastos de administración, rendimientos, primas previsionales y la suma destinada al fondo de garantía de pensión mínima.

DEBER DE INFORMACIÓN

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y pacífica jurisprudencia ha considerado que, desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que creó a las administradoras privadas de pensiones, se estableció la obligación de informar al momento de traslado en forma clara, precisa y oportuna, las características de los regímenes pensionales, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas a su labor, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, prudente, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares y la historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

De modo que, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En este sentido, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Asimismo, no desconoce esta Sala de Decisión que el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y con ello las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones, de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se pasó al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021).

CARGA PROBATORIA

Tal como lo ha fijado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quienes tienen la obligación de acreditar el cumplimiento del deber de información son los fondos de pensiones, pues tienen la posición más favorable, ya que la documentación soporte del traslado debe conservarse en sus archivos.

Adicionalmente, al centrarse el debate en que los fondos de pensiones no suministraron la información pertinente, no se le puede exigir al afiliado una prueba sobre esta manifestación, pues corresponde a un supuesto de hecho negativo

indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que si cumplió con esta obligación (SL1957-2022).

TRASLADO SIN CONDICIONES ESPECIALES

Es imperioso reiterar que, el deber de información a cargo del fondo de pensiones, para la época del traslado, se circunscribe a suministrar información suficiente y transparente que permitiera al afiliado vincularse al régimen que más le favoreciera, de modo que, es indiferente para esta Sala de Decisión y así lo ha manifestado la Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia, que el afiliado deba ser beneficiario del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia como incumplimiento de este deber y menos si el traslado genera algún tipo de perjuicio, pues se itera, «*la violación al deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo*» (SL1452-2019).

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar, que tal como se desprende de los medios de convicción del proceso, la solicitud de vinculación ante el fondo de pensiones Colfondos S.A. se realizó el **17 de mayo de 1995** y se hizo efectiva el **1° de junio de 1995**, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, según la cual, debe entregar información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajuste a sus intereses.

De ahí que, Colfondos S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, de modo que, no se le está imponiendo obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico como lo expuso el *ad quo*, pues esta obligación viene consignada en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, a pesar de que se firmó el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso «*voluntad de selección y afiliación*», no por este hecho se puede concluir que el acto de traslado estuvo mediando por la voluntad de la demandante, pues, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que este tipo de aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, dado que a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (CSJ SL1949-2022 que reitera CSJ SL19447-2017).

Ahora bien, con respecto a los actos de relacionamiento y la permanencia en el régimen a través del tiempo, la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, como consecuencia de la falta de información, el acto jurídico no se torna en eficaz por: i) los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas, ii) porque no se haya expresado inconformidad alguna con el sistema o iii) porque ha permanecido en el mismo (CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022).

Bajo el anterior contexto, a pesar de que el fondo de pensiones tenía la obligación legal de probar el cumplimiento del deber de información, no logró probarlo, por el contrario, resulta claro para esta Sala de Decisión que la administradora de pensiones incumplió con el deber de brindar información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba retirarse del RPM al que se encontraba afiliada. En consecuencia, se debe declarar la **ineficacia del traslado**, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

La declaración de ineficacia trae como consecuencia suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, es decir, con efectos *ex tunc* (desde siempre).

Bajo este horizonte, resulta totalmente válido que se disponga que el fondo privado de pensiones traslade a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones y los gastos de administración, conceptos que debe ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, así lo ha respaldado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1467-2021 adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de

pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar que, vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones, las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022) entre muchas otras; como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe a la afiliada.

Por lo anterior, se hace necesario modificar el numeral SEGUNDO para adicionar la devolución de los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones y los gastos de administración por el tiempo que estuvo vinculada en el fondo de pensiones, rubros que deben ir debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, pues como lo

dispone la sentencia estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos se financiará las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, la devolución de **manera íntegra** a Colpensiones de todos los dineros aportados por la afiliada al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

CONDENA EN COSTAS

En cuanto a la falta de condena en costas a Colpensiones en primera instancia, de lo cual se duele la parte actora, cabe mencionar que el numeral 1° del artículo 365 del CGP, establece de manera clara que debe ser condenada en costas la parte vencida en juicio. Conforme a ello, como quiera que Colpensiones presentó oposición a las pretensiones y fue condenada a aceptar el traslado y contabilizar para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, resulta procedente ordenarle el pago de costas; por lo tanto, se **MODIFICARÁ EL NUMERAL SEXTO** del fallo de primera instancia, en el sentido de condenar en costas a Colpensiones.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propuso la demandada, esta Sala de Decisión ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

VI. COSTAS

No procede costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral SEGUNDO de la sentencia de instancia, en el sentido de **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a trasladar a Colpensiones además de lo ya indicado en este numeral, lo correspondiente a bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones y los gastos de administración debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, además de que, al momento de cumplirse la orden dispuesta en este numeral, esta entidad deberá discriminar todos los conceptos ordenados a trasladar con sus respectivos valores, el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

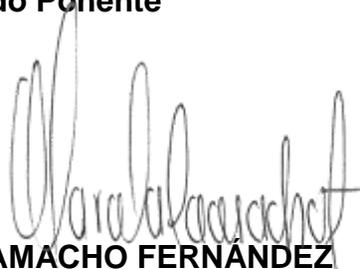
SEGUNDO. MODIFICAR el numeral SEXTO de la sentencia de primer nivel, en el sentido de condenar en costas también a Colpensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

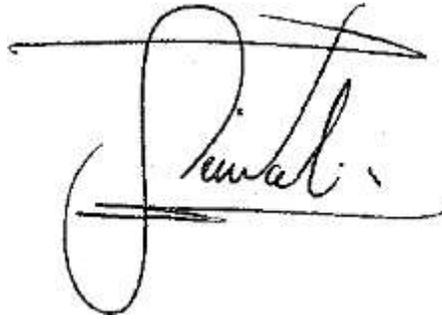
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'E. Valencia', is written over a horizontal line. The signature is stylized and cursive.

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NANCY BUSTOS SOSA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintiún (21) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

La demandante pretende se declare la «*nulidad absoluta*» y/o «*ineficacia*» del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En consecuencia, solicitó se condene a Porvenir S.A. a devolver los salarios, el capital acumulado en la cuenta ahorro individual, incluyendo aportes, rendimientos, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, cuotas de administración junto con sus frutos e intereses a Colpensiones y, a esta última, a reactivar su afiliación. De igual forma, solicitó que se acceda a lo probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que cotizó al ISS desde 7 de febrero de 1989, hasta 6 de julio de 1997; que el **7 de julio de 1997**, se trasladó de régimen pensional, que el asesor del RAIS al momento del traslado en una charla rápida le «*vendió la idea*» de que el ISS se iba a acabar; que en su fondo de pensiones se iba pensionar a cualquier edad; que el dinero aportado generaría rendimientos y en caso de no quererse pensionar le devolverían los aportes.

Manifestó, que el fondo de pensiones no le informó sobre las características esenciales de ambos regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias del traslado y no le entregó una proyección del tiempo y el monto para obtener una pensión superior al smlmv o al ofrecido en el RPM.

Indicó, que siempre cotizó por cuatro (4) smlmv, por lo que recibir un salario mínimo como pensión le causa un perjuicio inminente; que en razón a esto, solicitó a Colpensiones el traslado de régimen pensional, petición que fue negada el 18 de junio de 2019; que interpuso derecho de petición ante Porvenir S.A. el 18 de junio de 2019, realizando una serie de peticiones, las cuales fueron respondidas el 28 de junio de 2019, señalándole que la asesoría se brindó de manera verbal (f.º2 a 15).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el tiempo de vinculación al ISS, la fecha de traslado de régimen pensional, la solicitud del traslado de régimen pensional, la respuesta de Colpensiones a la petición interpuesta, la petición elevada a Porvenir S.A. y la respuesta emitida por esta entidad. Negó que pueda hablarse de un perjuicio irremediable o de ventajas y desventajas porque son regímenes pensionales especiales y diferentes. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban. En su defensa, propuso como excepciones de mérito, las de «*prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos*» (f.º59 a 65).

PORVENIR S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha del traslado y la petición interpuesta a su entidad. Negó el no haber brindado información acerca de las características esenciales del RAIS y que la demandante haya efectuado de manera constante aportes a pensión sobre 4smlmv.

Aclaró, que informó sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS para que la demandante tomara una decisión libre y voluntaria, cumpliendo con el deber de información que le era oponible a la fecha del traslado; que con independencia de la información otorgada en la ley 100 de 1993, podía validarla en cualquier momento, que para la fecha de traslado no existía la obligación de realizar proyecciones pensionales y que ha efectuado aportes que corresponden solo a un salario mínimo.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito, las de «*prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe*» (f.º75 a 89).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de septiembre de 2021 (f.º181 a 182, CD3), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de 1997.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a que acepte dicha transferencia y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante.

Como fundamento de su decisión, expuso que la nulidad se estudia bajo la óptica de los artículos 1741,1743 y 1750 del Código Civil y que al tratarse de nulidades relativas adquiere firmeza después de cuatro (4) años; sin embargo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL12136-2014, concluyó que este tipo de casos debe analizarse desde la figura de la ineficacia – artículo 271 de la Ley 100 de 1993 –; de este modo, para que se entienda que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria, se debe verificar si el fondo de pensiones informó al afiliado de los riesgos y características propias de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera una manifestación autónoma y consciente.

Adujo, que el deber de información ha existido desde la creación de los fondos de pensiones, de ahí que, se debe verificar si al momento de traslado se cumplió con el deber de ilustrar sobre las características, condiciones, accesos y efectos de cada uno de los regímenes pensionales al posible afiliado; trajo a colación la obligación del fondo de entregar al afiliado el reglamento que contiene los deberes y obligaciones del afiliado.

Indicó, que en el caso bajo estudio, obra copia del formulario de afiliación, pero de este documento no se desprende el cumplimiento del deber de información en los términos indicados, de ahí que, el simple consentimiento es insuficiente, porque se

debe demostrar es el consentimiento informado; que en el interrogatorio de parte no hubo confesión alguna; que si bien el fondo ilustró sobre algunas características propias del régimen pensional, la información no fue completa, pues no le explicó en qué condiciones ocurrían y tampoco le explicó las diferencias entre regímenes, siendo esto una obligación del fondo, a menos que en el reglamento se indicara que esta obligación estaba a cargo del afiliado; sin embargo, el fondo de pensiones no allegó constancia de haber entregado este reglamento y menos aún que allí estuviera consignada esta obligación del afiliado.

Sostuvo, que la parte accionado no puede endilgarle culpa a la actora ni *«ni creer que es la demandante la que tiene que tener conocimiento y hacer un estudio exhaustivo de la ley 100 y específicamente el régimen de pensiones toda vez que es obligación de los fondos de pensiones de brindar dicha información y no como sé ya se dijo achacarle la culpa a sus afiliados»*; por lo anterior, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional. Con respecto a la prescripción, expuso que no opera en esta figura porque está íntimamente ligada con la construcción del beneficio pensional.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. solicitó sea revocada la sentencia de instancia. En sustento del recurso, expone que, la afiliación fue válida y eficaz, pues para el momento del traslado el único documento que se requería para hacer válida la afiliación era el formulario de vinculación; que la normatividad vigente al momento del traslado solo exigía que los afiliados fueran informados de las características del régimen pensional, pues su finalidad era impedir la coacción en el derecho a la libre elección, situación que se acreditó pues a la demandante se le informó de las características del RAIS y que ratificó su traslado con el tiempo de vinculación y cotización.

Expresó, que se le de valor probatorio al formulario de vinculación, pues representa la voluntad de las partes; que no pueden hacerse exigibles obligaciones no vigentes al momento del traslado y que del interrogatorio de parte quedó demostrado que la actora pretende la ineficacia no por falta al deber de información, sino por la inconformidad con el monto de la mesada pensional y que esta inconformidad no es óbice para declarar la ineficacia, menos aún porque las condiciones de financiación en cada régimen son diferentes que no depende de las administradoras

Señaló, que la condena a devolver los gastos de administración es contradictoria, pues si lo que se pretende con la ineficacia es dejar sin efecto el acto

jurídico de traslado, la actora no tendría derecho a los rendimientos financieros, por lo que con esa decisión se desconocen la igualdad y los efectos de la declaratoria de ineficacia; adicionalmente, dijo que la deducción de estos aportes se hizo por mandato legal y una correcta administración de los recursos.

Adujo, que fue Colpatria el fondo de pensiones que realizó el traslado de régimen pensional, por lo que, a pesar de que Porvenir S.A. desde el 2013, tenga esta carga, no debería de existir condena a devolver los gastos de administración.

V. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión: *i*) que la demandante realizó aportes al ISS desde el 7 de febrero de 1989, hasta el 30 de junio de 1997, en un total de 436,29 semanas, de acuerdo con la historia laboral aportada por la demandante, actualizada al 10 de mayo de 2018 (f.º41 a 43), y *ii*) que suscribió formulario de afiliación a Colpatria Sociedad Administradora de Fondos de Cesantías y Pensiones S.A., hoy Porvenir S.A. el 7 de julio de 1997 (f.º122), traslado que se hizo efectivo el **1º de septiembre de 1997** (f.º90).

Conforme a los antecedentes, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información y, si como consecuencia de lo anterior, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados, gastos de administración, rendimientos, primas previsionales y la suma destinada al fondo de garantía de pensión mínima.

DEBER DE INFORMACIÓN

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y pacífica jurisprudencia ha considerado que, desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que creó a las administradoras privadas de pensiones, se estableció la obligación de informar al momento de traslado en forma clara, precisa y oportuna, las características de los regímenes pensionales, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas a su labor, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, prudente, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares y la historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

De modo que, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En este sentido, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Asimismo, no desconoce esta Sala de Decisión que el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y con ello las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones, de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se pasó al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021).

CARGA PROBATORIA

Tal como lo ha fijado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quienes tienen la obligación de acreditar el cumplimiento del deber de información son los fondos de pensiones, pues tienen la posición más favorable, ya que la documentación soporte del traslado debe conservarse en sus archivos.

Adicionalmente, al centrarse el debate en que los fondos de pensiones no suministraron la información pertinente, no se le puede exigir al afiliado una prueba sobre esta manifestación, pues corresponde a un supuesto de hecho negativo

indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que si cumplió con esta obligación (SL1957-2022).

TRASLADO SIN CONDICIONES ESPECIALES

Es imperioso reiterar que, el deber de información a cargo del fondo de pensiones, para la época del traslado, se circunscribe a suministrar información suficiente y transparente que permitiera al afiliado vincularse al régimen que más le favoreciera, de modo que, es indiferente para esta Sala de Decisión y así lo ha manifestado la Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia, que el afiliado deba ser beneficiario del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia como incumplimiento de este deber y menos si el traslado genera algún tipo de perjuicio, pues se itera, «*la violación al deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo*» (SL1452-2019).

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar, que tal como se desprende de los medios de convicción del proceso, la solicitud de vinculación ante el fondo de pensiones, Colpatria Sociedad Administradora de Fondos de Cesantías y Pensiones S.A., hoy Porvenir S.A. el 7 de julio de 1997 (f.º122) y el traslado se hizo efectivo el **1º de septiembre de 1997** (f.º90), cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, según la cual, debe entregar información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajuste a sus intereses.

De ahí que, Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, de modo que, no se le está imponiendo obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico como lo expuso el *ad quo*, pues esta obligación viene consignada en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, a pesar de que se firmó el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso «*voluntad de afiliación*», no por este hecho se puede concluir que el acto de traslado estuvo mediando por la voluntad de la demandante, pues, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que este tipo de aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, dado que a lo sumo,

acreditan un consentimiento, pero no informado (CSJ SL1949-2022 que reitera CSJ SL19447-2017).

Ahora bien, con respecto a los actos de relacionamiento y la permanencia en el régimen a través del tiempo, la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, como consecuencia de la falta de información, el acto jurídico no se torna en eficaz por: i) los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas, ii) porque no se haya expresado inconformidad alguna con el sistema o iii) porque ha permanecido en el mismo (CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022).

En ese orden, no puede sostenerse que porque ha permanecido en el régimen por mucho tiempo, conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que, lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional del RPM al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad.

Bajo el anterior contexto, a pesar de que los fondos de pensiones tenían la obligación legal de probar el cumplimiento del deber de información, no lograron probarlo, por el contrario, resulta claro para esta Sala de Decisión que las administradoras de pensiones incumplieron con el deber de brindar información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba retirarse del RPM al que se encontraba afiliada. En consecuencia, se debe declarar la **ineficacia del traslado**, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

La declaración de ineficacia trae como consecuencia suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, es decir, con efectos *ex tunc* (desde siempre).

Bajo este horizonte, resulta totalmente válido que se disponga que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la

cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones y los gastos de administración, conceptos que debe ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, así lo ha respaldado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1467-2021 adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar que, vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones, las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022) entre muchas otras; como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que

se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe a la afiliada.

Por lo anterior, se hace necesario modificar el numeral SEGUNDO para adicionar la devolución de los bonos pensionales, si los hubiere, los gastos de administración, comisiones, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia por el tiempo que estuvo vinculada en el fondo de pensiones, rubros que deben ir debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, pues como lo dispone la sentencia estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos se financiará las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, la devolución de **manera íntegra** a Colpensiones de todos los dineros aportados por el afiliado al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propuso la demandada, esta Sala de Decisión ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

VI. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

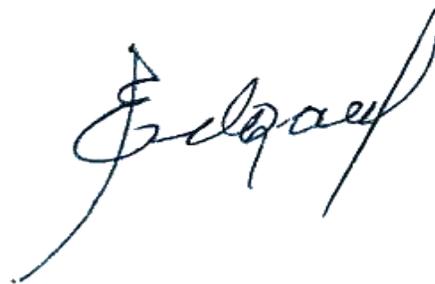
VII. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral SEGUNDO de la sentencia de instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones además de lo ya indicado en este numeral, lo correspondiente a los bonos pensionales, si los hubiere, los gastos de administración, comisiones, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos; además, al momento de cumplirse la orden dispuesta en este numeral, esta entidad deberá discriminar todos los conceptos ordenados a trasladar con sus respectivos valores, el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

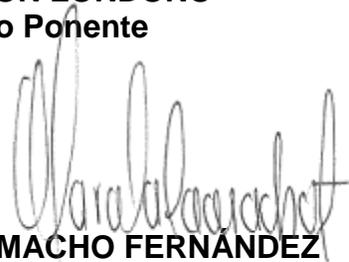
SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A.

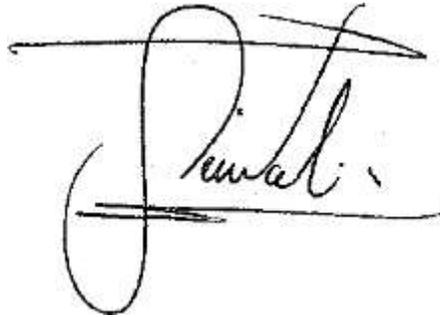
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



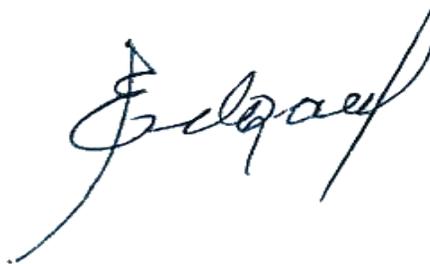
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fija como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., la suma de \$1.000.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ELBA DORIS LÁZARO USECHE
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A. Y AFP PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintiún (21) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **DORIS LÁZARO USECHE**, se declare la nulidad absoluta de la afiliación que implicó un traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, el día 2 de agosto de 1994. En consecuencia, se condene a Colpensiones a recibirla nuevamente como afiliada; se condene a la AFP Colfondos a devolverse a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones a pensión, con la correspondiente capitalización, indexación e intereses de mora, desde el 15 de noviembre de 1995, hasta la fecha en que se realice el regreso a Colpensiones; que se devuelva el bono pensional que recibió del ISS; que se ordene a Colpensiones las sumas de dinero que liquiden y paguen por parte de la AFP Colfondos; que se condene a la AFP Colfondos al pago de perjuicios materiales y morales ocasionado por el traslado de régimen, y se condene a las demandadas al pago de costas procesales. (Exp. Digital – cuaderno 1).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital – cuaderno 1), señaló en síntesis, que nació el 20 de septiembre de 1961; que ingresó a la vida laboral

el 6 de noviembre de 1984, realizando aportes al ISS en donde cotizó hasta el 30 de noviembre de 1995; que el día 1° de diciembre de 1995, se trasladó a la AFP Colfondos.

Relató, que para el momento del traslado laboraba para la empresa AVIANCA S.A., quien hacía parte del grupo empresarial valores Bavaria de Julio Mario Santo Domingo, motivo por el cual los asesores de Colfondos S.A. circulaban libremente por la empresa; que en el ambiente interno de la empresa había una fuerte presión para que los trabajadores se trasladaran, razón por lo cual firmó todos los formularios que le fueron entregados por la asesora, sin tener comprensión clara de que se estaba trasladando de régimen pensional.

Agregó, que un agente de Colfondos les explicó las bondades y beneficios del traslado a dicha entidad y así mismo, le dijo que el ISS se acabaría; que entre los aspectos positivos que le manifestaron, es que podía obtener una jubilación anticipada y la garantía de un monto superior de la pensión en comparación con el RPM.

Narró, que al efectuarse una simulación pensional de acuerdo al patrimonio acumulado recibiría una suma de \$781.242 en Colfondos, sobre su patrimonio total de \$169.166.262, mientras que el RPM recibiría como mesada pensional la suma de \$1.395.284.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (Exp. Digital – cuaderno 140-167), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la demandante, afiliación y aportes realizados por la actora ante dicho fondo y fecha de traslado al RAIS; respecto de los demás hechos, dijo no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. contestó (Exp. Digital – cuaderno – página 184-205), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, dijo ser cierta la fecha de traslado a dicho fondo; no ser ciertos los numerales 11 a 16, y no constarle los demás.

Propuso como excepciones de fondo, falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, a través de sentencia del 3 de agosto de 2021 (Exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora **ELBA DORIA LÁZARO USECHE**, a través de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.

SEGUNDO: ORDENAR a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: ABSOLVER A **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, de las demás pretensiones de la demanda. **DECLARANDO** parcialmente probada la excepción de inexistencia de la no acreditación de los perjuicios solicitados.

CUARTO: COSTAS únicamente a cargo de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**. Inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Fundamentó su decisión, haciendo un recuento jurisprudencial en relación con la nulidad e ineficacia del traslado, aclarando que su criterio es en relación a la nulidad del traslado; el cual puede ser sanable siempre y cuando las AFP acrediten durante la vinculación que ilustró a la afiliada las condiciones del régimen, siendo entonces la tesis correcta la nulidad relativa y no la ineficacia del traslado; en cuanto a la carga de la prueba, refirió que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 720 de 1994, en su artículo 12, consagra un deber a cargo de las administradoras de pensiones, estando obligadas a suministrar amplia, suficiente y oportuna información a sus afiliados y no solo al momento de suscribir el formato de suscripción, sino que se debe acreditar que

efectivamente cumplió con ese deber oportuno, por ejemplo, que antes de haber cumplido los 47 años de edad hubiera utilizado cualquier canal de comunicación para indicarle que podía cambiar de régimen pensional; aspecto que no se encontraba acreditado en el proceso.

Arguyó, que tampoco obraba constancia de que la AFP le hubiere informado a la demandante cuánto sería el capital mínimo necesario para pensionarse con el salario mínimo; adujo que el formato de afiliación no es prueba de consentimiento informado suficiente exigido para el año 1994; concluyó que se encontraba acreditada la nulidad por error de derecho, al no habersele brindado la información debida.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación, señalando que ante la decisión del Juez se estaría afectando los intereses del fondo, poniendo en riesgo las pensiones de aquellas personas que durante toda su vida laboral han realizado aportes en el régimen de prima media, trajo a colación lo dispuesto en la sentencia T 089 del 2010. Adicionalmente, solicitó se analice la decisión de primera instancia en cuanto a que se declaró la nulidad del traslado por falta de información por parte de la AFP Colfondos; que también debe tenerse cuenta el límite de los 10 años para cambio de régimen. De otro lado, indicó que se tenga en cuenta que fue vinculada al presente proceso de forma residual; por lo tanto, no puede ser perjudicada con la declaratoria de nulidad.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta, en lo no apelado, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colfondos S.A. es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i*) la señora ELBA DORIS LÁZARO USECHE se afilió al ISS donde aportó desde el 6 de noviembre de 1984, al 30 de noviembre de 1995, un total de 555,71 semanas de cotización (Exp. Digital – cuaderno 01); y *ii*) que el **15 de noviembre de 1995**, suscribió formulario de traslado al RAIS con la AFP Colfondos S.A. (Exp. Digital – cuaderno 01- página 206), entidad en cual se encuentra vinculada actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

En ese contexto desde ya precisa esta Sala que, lo que se declarará es la ineficacia del traslado, dado que conforme se expuso en la sentencia CSJ SL2877-2020, reiterada entre otras en las providencias CSJ SL5252-2021 y CSJ SL755-2022, en casos como el **presente donde se acredita la falta de una debida información por parte del fondo privado lo que se genera es la ineficacia del acto jurídico del traslado y no su nulidad** por las siguientes razones:

(...) al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el Juez en cada caso en particular.

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que son las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de

cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber

de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **-15 de noviembre de 1995-**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003 -, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos S.A. que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Se aportó al expediente formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito con la AFP Colfondos del **15 de noviembre de 1995**, del cual solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse

que la AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Frente a lo cual, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Se suma a lo anterior, que la carga de la prueba en cuanto al deber de información y asesoría, está en cabeza de las administradoras de pensiones, con total independencia de las circunstancias particulares de cada afiliado. Sobre este puntal aspecto, cabe traer a colación lo dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL2058-2022, en donde se puntualizó:

[...] se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, corre por cuenta de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación¹; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4426-2019).

¹ En tal sentido, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Se reitera, que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Así, como consecuencia directa, es evidente que afecta la validez de los actos jurídicos subsiguientes, entre ellos los traslados que se efectúen entre los diversos fondos privados y los fondos alternativos de pensiones.

Lo anterior es así, porque conforme lo ha explicado con abundancia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la declaratoria de ineficacia trae consigo la vuelta al *statu quo*, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJSL373-2021, entre muchas otras). Lo anterior, salvo que la persona tenga la calidad de pensionada, pues en este evento la jurisprudencia tiene sentado que no es factible revertir o retrotraer dicha calidad para restablecer la afiliación en el régimen de prima media, como si la persona nunca se hubiese trasladado de régimen (CSJ SL373-2021); sin embargo, esta es una precisa excepción no aplicable al caso concreto.

Entonces, al no haber constancia de que Colfondos S.A. al momento del traslado de régimen pensional hubiese suministrado al afiliado información clara, precisa y oportuna sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, a pesar de ser esa su carga; trae como consecuencia que el mismo sea declarado como **ineficaz**; y no nulo como se tuvo en cuenta en la decisión de primer grado.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, que deben devolverse por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, todo ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario; primero, **modificar** el numeral primero de la decisión de instancia, para declarar la ineficacia y no la nulidad del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 15 de noviembre de 1995, a través de la afiliación a la AFP Colfondos S.A.; y segundo, **adicionar** la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFP COLFONDOS S.A. el traslado a COLPENSIONES y esta a su vez a

recibir por parte de ella, las cotizaciones recibidas en su integridad con motivo de la afiliación de la señora ELBA DORIS LÁZARO USECHE, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019). Lo cual tampoco resulta respecto de los gastos de administración y sumas adicionales.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

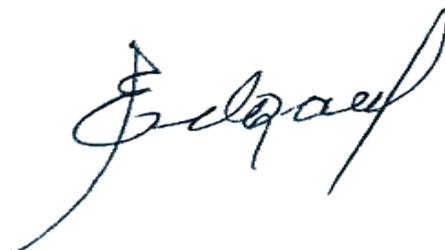
PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por la demandante ELBA DORIS LÁZARO USECHE del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 15 de noviembre de 1995, a través de la afiliación a la AFP Colfondos S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de ella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo de permanencia de la demandante. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo Colpensiones.

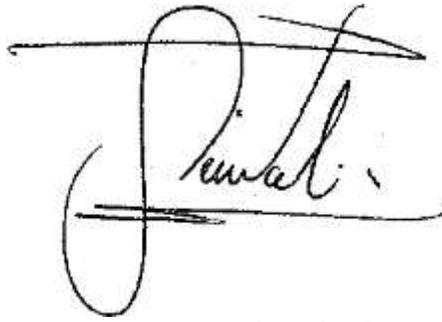
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, en la suma de \$1.000.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MANUEL DE JESÚS MEJÍA
GUZMÁN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y NACIÓN- MINISTERIO DEL TRABAJO**

En Bogotá D. C. a los veintiún (21) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

El señor **MANUEL DE JESÚS MEJÍA GUZMÁN** pretende de manera principal la reliquidación de su pensión de vejez con base en el Acuerdo 049 de 1990, liquidado con el promedio de lo devengado en las últimas 100 semanas de servicio, y el factor 4,33, con una tasa de remplazo del 90% a partir del 3 de octubre de 2011, al pago de intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, liquidados a la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera, sobre el valor del retroactivo que se llegare a originar con ocasión de la reliquidación retroactiva de la pensión.

Solicitó también, se condene a Colpensiones a pagar e ingresar en nómina parte del retroactivo del mayor valor de la pensión reconocida por dicha entidad en la Resolución No. 228304 del 6 de septiembre de 2013, frente a la de Caprecom junto con la parte proporcional del retroactivo, al pago de costas, agencias en derecho y se haga uso de las facultades ultra y extra petita (f° 48-50).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 50-54), señaló que nació el 3 de octubre de 1951; que durante su vida laboral al RPM acreditando un total de 10.653 días correspondientes a 1.521 semanas; que mediante resolución No. 2414 del 5 de noviembre de 2008, CAPRECOM le reconoció una pensión con carácter compartida; que el 5 de junio de 2012, radicó solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez ante el ISS hoy Colpensiones.

Agregó, que Colpensiones mediante resolución No. 228304 del 6 de septiembre de 2013, le concedió la pensión de vejez con base en el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 3 de octubre de 2011; que la liquidación se efectuó con base en 1.521 semanas sobre un IBL de \$2.119.483, al cual se le aplicó una tasa de remplazo del 90%, para una cuantía inicial de \$1.907.535 para el año 2011; así mismo, se reconoció un retroactivo de \$49.441.617, el cual se dejó en suspenso hasta tanto se evidenciara documento por parte del empleador y del trabajador en que se manifestará expresamente a quien se autorizaba el giro respectivo, desconociéndose por parte de la entidad que si bien es cierto el retroactivo debe ser girado al empleador, a él le corresponde el mayor valor de la prestación reconocida por Colpensiones por haber sido la mesada superior a la de Caprecom.

Expuso, que Colpensiones omitió dar aplicación al Acuerdo 049 de 1990, liquidando con una tasa de remplazo del 90% del resultado que conforme al salario mensual base que se obtiene de la suma de salarios sobre los cuales cotizó en las últimas 100 semanas; que el día 23 de octubre de 2013, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la resolución No. 228304 del 6 de septiembre de 2013, sin que a la fecha de la prestación de la demanda se hubiera resuelto.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 239-246), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, negó los numerales 12 a 15 y 22, que tienen relación con la liquidación que aduce el actor se hizo dentro de la resolución GNR 228304 del 6 de septiembre de 2013, y los motivos por los cuales se dejó en suspenso el retroactivo; en relación a los demás hechos los mismos fueron aceptados.

Propuso como excepciones de fondo, inexistencia de la obligación al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión, inexistencia de la obligación al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica.

LA NACIÓN- MINISTERIO DEL TRABAJO contestó (f.º 208-213), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, dijo no constarle ninguno; propuso como excepciones de fondo, las de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, pago de lo no debido y genérica o innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 4 de marzo de 2021 (CD f.º 256), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de MANUEL DE JESÚS MEJÍA GUZMÁN, la suma de \$13.261.453, indexada a la fecha de pago efectivo, correspondiente a las diferencias causadas a su favor por concepto de retroactivo que correspondió del 3 de octubre de 2011 hasta el 30 de septiembre de 2013, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra por MANUEL DE JESÚS MEJÍA GUZMÁN, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ABSOLVER a la NACIÓN-MINISTERIO DE TRABAJO, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el presente proceso por el demandante MANUEL DE JESÚS MEJÍA GUZMÁN por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción denominada "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN" formulada por Colpensiones respecto de la solicitud de reliquidación de la mesada pensional y la excepción denominada "falta de legitimación en la causa por pasiva", propuesta por la NACIÓN – MINISTERIO DE TRABAJO, por lo considerado.

Como **fundamento de su decisión**, señaló que el demandante solicitó se le reliquide su pensión conforme al artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, tomando el promedio de las últimas 100 semanas cotizadas, frente a lo cual sostuvo que se encontraba acreditado que era beneficiario del régimen de transición; sin embargo, en cuanto al IBL el mismo debía regirse de conformidad con lo dispuesto en los artículos 36 y 21 de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral.

En cuanto el retroactivo del mayor valor, indicó que de conformidad con el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, este prevé la compartibilidad de las pensiones extralegales señalando que los empleadores que otorguen a sus trabajadores pensiones de jubilación por convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales o como en este caso voluntariamente causadas a partir del 17 de octubre del año 1985, continuarán cotizando por los seguros de invalidez, vejez y muerte hasta cuando los asegurados cumplan los

requisitos exigidos en el ISS para otorgar la pensión de vejez, quedando a cargo del empleador únicamente el mayor valor.

Aludió, que dentro del expediente se encontraba demostrado que CAPRECOM reconoció la pensión al demandante a partir del 3 de octubre de 2006, de carácter compartida con el ISS; adicionalmente, se verificó que Colpensiones en resolución GNR 228304 del 6 de septiembre de 2013, dejó en suspenso el retroactivo del pago pensional hasta que la justicia ordinaria definiera a quien le correspondía.

De acuerdo a lo anterior, arguyó que pese a que el retroactivo causado el 3 de octubre de 2011, fecha en que cumplió 60 años el demandante hasta el 30 de septiembre de 2013, calenda de inclusión en la nómina de pensionados, se estimó la suma de \$49.441.617, una vez efectuados los cálculos de rigor, se había podido establecer que el mismo ascendía a la suma de \$51.404.900; así mismo, se constató que la UGPP y FOPEP había allegado informes en donde se podía verificar que las entidades a cargo de las obligaciones de Caprecom reconocieron a favor del pensionado las mesadas del periodo comprendido de enero 2009, hasta febrero de 2018, de manera completa, por lo que en principio el retroactivo debía disponerse a la entidad que administra los recursos de Caprecom; sin embargo, se evidenció que el valor dispuesto por Colpensiones para el año 2011 fue de \$1.907.535, siendo está mesada superior a la que estaba pagando Caprecom que para esa época equivalía a la suma de \$1.415.429, por lo que se había subrogado la prestación que empezó a disfrutar el demandante en el año 2006, al menos en lo que respecta a las mesadas ordinarias y adicionales; de esta manera era factible colegir que el retroactivo dejado en suspenso debía disponerse su pago a favor del demandante en la suma de \$13.261.453, calculo que se había realizado teniendo en cuenta 13 mesadas pensionales al año que corresponde a las subrogadas por Colpensiones.

En cuanto a la excepción de prescripción, indicó que la resolución de reconocimiento fue notificada el 8 de octubre de 2013, y la demanda se presentó el 13 de agosto de 2014, por lo que no había transcurrido el término trienal del artículo 151 del CPTSS.

CONSULTA

COLPENSIONES no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones de conformidad con el artículo 69 CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar, si el señor Manuel de Jesús Mejía Guzmán tiene derecho al retroactivo de la pensión de vejez, que se dejó en suspenso a través de la resolución GNR 228304 del 6 de septiembre de 2013, y que corresponden a las mesadas del periodo comprendido entre el 3 de octubre de 2011 al 30 de septiembre de 2013, junto con la indexación.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que al señor Manuel de Jesús Mejía Guzmán a través de resolución No. 2414 del 5 de noviembre de 2008, le fue reconocida pensión mensual vitalicia de jubilación en la suma de \$1.131.287 a partir del 3 de octubre de 2006, por parte de Caprecom (f°11-21); *ii)* que Colpensiones a través de resolución GNR 228304 del 6 de septiembre de 2013, le reconoció pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 3 de octubre de 2011, en la suma de \$1.907.535 (f°5-9); *iii)* que conforme certificado expedido por el FOPEP del 16 de marzo de 2018, y de la UGPP de la misma fecha, se tiene por demostrado que Caprecom pagó al actor las mesadas pensionales desde el 3 de octubre de 2006, hasta marzo de 2015; *iv)* que las causadas entre el 1° de abril de 2015, al 1° marzo de 2018, fueron asumidas por UGPP (f° 170-174); *v)* que Colpensiones a través de resolución VPB 45063 del 25 de mayo de 2015, modificó la resolución GNR 228304 del 6 de septiembre de 2013, ordenando reliquidar la pensión reconocida al demandante, en los siguientes términos y cuantías:

-2011: \$1.924.214
-2012: \$1.995.987
-2013: \$2.044.689
-2014: \$2.084.356
-2015: \$2.160.643

RETROACTIVO PENSIÓN COMPARTIDA

Se tiene por sentado que cuando los trabajadores son beneficiarios de pensiones extralegales en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente y simultáneamente acreedores de la pensión de vejez, la ley estableció que, a partir del 17 de octubre de 1985, operaría la subrogación de la obligación (Acuerdo 2879/85), estableciéndose en el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, lo siguiente:

COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES. *Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, **el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.** (Negrillas y subrayado de las Sala)*

PARÁGRAFO. *Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.*

En el caso bajo análisis, se tiene que de conformidad con lo dispuesto en el resolución 2414 del 5 de noviembre de 2008, la pensión reconocida al actor sí tuvo el carácter se compartida, pues así quedó plasmado en el parágrafo primero de dicho acto administrativo, en el que se indicó: «el Idema (Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural), Empresas Públicas de Santa Marta (Alcaldía de Santa Marta) concurren a partir del 3 de octubre de 2006, fecha en que el beneficiario cumplió 55 años de edad, hasta el 2 de octubre de 2011, día anterior a cumplir 60 años de edad y de ahí en adelante, si existe diferencias entre la presente prestación y la que será reconocida por el ISS o la entidad que haga sus veces».

Ahora, en lo que se refiere a la compartibilidad, la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL 660-2013, indicó:

Esta Corporación ha mantenido el mencionado criterio jurisprudencial, por lo que desde la multicitada fecha 17 de octubre de 1985, es factible compartir pensiones de jubilación extralegales con las reconocidas por el Instituto de Seguros Sociales. A no ser que las partes hayan dispuesto expresamente, en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre éstas, la compatibilidad pensional, o lo que es lo mismo que las pensiones no serán compartidas, que fue precisamente el entendimiento que le imprimió la Colegiatura a la normatividad legal que estimó aplicable al caso, respaldando su postura en pronunciamientos jurisprudenciales relativos a la figura de la compartibilidad.

En este orden de ideas, al haberse otorgado la pensión de jubilación convencional al demandante el 1° de septiembre de 1985, valga decir, antes del 17 de octubre de 1985, dicha situación pensional no quedó enmarcada dentro de los presupuestos de las normas que dieron cabida y regulan la compartibilidad de esta clase de pensiones, como son los aludidos artículos 5° del Acuerdo 029 de 1985 y

18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobados en su orden por los Decretos 2879 y 758 del respectivo año, y por tanto no hay duda de su compatibilidad con la pensión de vejez del ISS.

En relación al retroactivo, ha indicado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es deber del ISS hoy Colpensiones entregar estos recursos a la empresa que comparte el pago de la pensión y no al pensionado; así se dijo en la sentencia CSJ SL4979-2018, en donde expresó:

Así lo ha determinado esta corporación en anteriores decisiones en las que ha legitimado el deber del Instituto de Seguros Sociales de entregar estos recursos a la empresa que comparte el pago de la pensión y no al pensionado. En la sentencia CSJ SL4619-2017 se dijo al respecto:

Con todo, cumple mencionar que en ningún error jurídico incurrió el Tribunal al considerar que si el ISS venía pagando la pensión convencional a la demandante hasta cuando se comenzó a pagar la pensión de vejez legal, los dineros del retroactivo pensional correspondían a la entidad empleadora y no a la demandante, criterio que se expresó en sentencia CSJ SL, 19 may. 2009 rad. 34249, reiterada en las providencias CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 42262 y, más recientemente, en la CSJ SL4962-2016, cuando la Corte adoctrinó:

*La censura considera que el retroactivo pensional lo pagó la demandada, al empleador jubilante, el cual es un tercero, sin que exista disposición alguna que lo faculte para tal fin y que, además, la compatibilidad pensional no autoriza al ISS a disponer libremente de los dineros del trabajador; **frente a lo cual se aclara que no se puede confundir el retroactivo pensional, con la pensión misma, puesto que una vez definida la compatibilidad pensional, el valor de las mesadas pensionales cubiertas temporalmente por la empleadora, mientras el ISS asumió la pensión de vejez, no le corresponden al demandante**, así lo definió la Sala en la sentencia del 15 de junio de 2006, radicación 27311 y reiterada en la del 21 de noviembre de 2007, radicación 31891. En la primera de las sentencias aludidas se expresó:*

<De ahí que, la postura del Tribunal resulta sensata y no descabellada, toda vez que en puridad de verdad las sumas que el empleador cancela con posterioridad al momento en que comienza a operar el fenómeno de la compatibilidad, entre la pensión de jubilación que éste venía sufragando y la de vejez que reconozca el Instituto de Seguros Sociales, son las que en rigor debe cubrir la entidad de seguridad que asume el riesgo, debiendo volver lo pagado al patrimonio de la empresa una vez se formalice la subrogación.

Lo que significa, que conforme a la ley y a partir de la asunción del riesgo de vejez para el ISS, desaparece la obligación de la empresa jubilante de continuar cubriendo las mesadas pensionales a su extrabajador, quedando a su cuenta únicamente el mayor valor si lo hubiere entre las dos pensiones; luego, si lo hizo fue para proteger al pensionado.

Por consiguiente, como bien lo concluyó el ad quem, esos dineros del retroactivo cuando se está en presencia de pensiones compartibles y el empleador mantiene la cancelación de las mesadas no pertenecen propiamente al afiliado, siendo razonable que se disponga el giro de este concepto a quien lo cubrió periódicamente sin estar obligado a ello, lo que de plano desvirtúa la cesión de derechos y por ende la aplicación del precepto legal que la prohíbe, además que con ello no se desconoce que el accionante sea el verdadero beneficiario del derecho pensional, cuyas mesadas continuará recibiendo a través de la entidad que legalmente le corresponde el pago>.
(Negrillas del texto)

Con arreglo al anterior criterio jurisprudencial y en consideración a los supuestos

fácticos que tuvo por demostrados el juez colegiado que no se controvierten en el cargo, estima la Sala que no se equivocó el Tribunal al concluir que el valor de las mesadas causadas en forma retroactiva solicitadas en la demanda, no pertenecían a la demandante sino al ISS, que como empleador continuó pagando la pensión de jubilación convencional mientras se reconocía la legal de vejez.

Con arreglo a lo expuesto, teniendo claro el carácter compartido de las pensiones y el hecho de que la empresa demandante asumió el pago de la pensión voluntaria hasta tanto el Instituto de Seguros Sociales reconoció y pagó de manera efectiva la pensión de vejez, el Tribunal no incurrió en los errores jurídicos planteados por la censura, al ordenar el pago del retroactivo de la pensión de vejez a favor de la empleadora.

Así las cosas, se tendría que el retroactivo dejado en suspenso por parte de Colpensiones GNR 228304 del 6 de septiembre de 2013, estaría favor únicamente del empleador; no obstante, como bien lo refirió la Juez de primera instancia existe una diferencia entre la mesada que reconoció Colpensiones para el año 2011, que lo fue en la suma de \$1.924.214, con lo que reconoció Caprecom para el mismo año la cual ascendió a \$1.415.429; de manera que le asiste razón al demandante en cuanto debe reconocerse a su favor del retroactivo calculado por la entidad accionada la diferencia de la mesada pensional del periodo comprendido entre el **3 de octubre de 2011, al 30 de septiembre de 2013**, pues si bien Caprecom pagó el valor de las mesadas pensionales temporalmente mientras el ISS asumió la pensión de vejez, lo cierto es que no lo hizo bajo el mismo monto que ahora reconoce Colpensiones.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procedió a efectuarse los cálculos aritméticos de rigor de donde se puede apreciar las siguientes diferencias:

Tabla Retroactivo Pensional								
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada Colpensiones	Mesada inicial	Diferencia	N°. Mesadas	Subtotal	
03/10/11	31/12/11	3,17%	\$ 1.924.214,00	\$ 1.415.429,00	\$ 508.785,00	3,93	\$ 2.001.221,0	
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 1.995.987,00	\$ 1.468.224,50	\$ 527.762,50	13,00	\$ 6.860.912,5	
01/01/13	30/09/13	2,44%	\$ 2.044.689,00	\$ 1.504.049,18	\$ 540.639,82	9,00	\$ 4.865.758,4	
Total retroactivo								\$ 13.727.891,86

Como bien se puede apreciar, los valores aquí calculados resultaron superiores a los señalados en primera instancia; sin embargo, dado que el asunto se está estudiando en grado jurisdiccional consulta a favor de Colpensiones y variar el valor ordenado en primera instancia haría más gravosa su situación, se deberá mantener el monto de la condena impuesta por el *a quo*.

INDEXACIÓN

En cuanto a la orden de que las sumas debidas sean indexadas, resulta ser precepto ajustado a derecho como quiera que la misma tiene como finalidad traer a

valor a presente las sumas que por el transcurso del tiempo han perdido su poder adquisitivo.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción, se tiene que tal fenómeno no alcanzó a prosperar, como quiera que la resolución de reconocimiento de la pensión de vejez fue notificada el 9 de octubre de 2013 (f° 10), el demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación el 23 de octubre de 2013 (f° 34), la demanda se radicó el 13 de agosto de 2014 (f° 77), y se notificó a Colpensiones el 12 de febrero de 2015 (f°.116), (esto es durante el término establecido en el artículo 94 del CGP), lo cual demuestra que no superó los 3 años de que trata el artículo 151 del CPTSS.

COSTAS

Sin Costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional consulta.

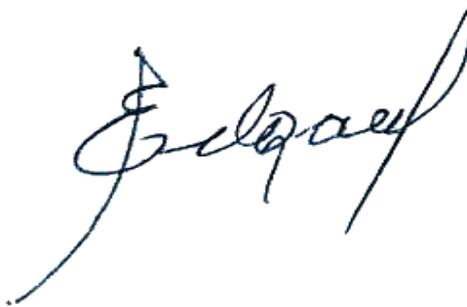
En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de primera instancia, proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

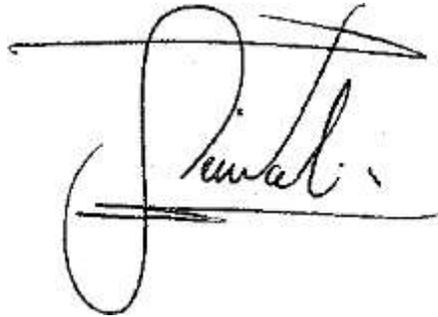
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: DIANA MARÍA URIBE TÉLLEZ
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A. Y OLD MUTUAL S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintiún (21) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **DIANA MARÍA URIBE TÉLLEZ**, se **declare** la anulación de la vinculación al RAIS efectuado con Colfondos S.A. En consecuencia, se ordene a la AFP Old Mutual a retornarla al RPM, junto con los saldos o aportes pensionales que se hubieren consignado en su cuenta de ahorro individual, se reembolse de forma integral los cobros y gastos de administración descontados de los aportes pensionales; que se ordene a Colpensiones aceptarla en el RPM como si nunca hubiera existido traslado pensional, se condene al pago de costas, agencias en derecho y se haga uso de las facultades ultra y extra petita (f°28-29).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 24-27 y 43-47), señaló en síntesis, que ha prestado sus servicios como empleada el CITIBANK COLOMBIA la mayor parte de su vida laboral; que estuvo vinculada legalmente en el RPM; que el día 15 de junio de 1994, suscribió formulario de vinculación con el RAIS a través de la AFP Colfondos S.A.; que la AFP Colfondos S.A. contrató un sinnúmero de vendedores o asesores comerciales para la captación de trabajadores y su respectiva afiliación a la AFP; que dicho fono no tenía perito idóneo en temas de seguridad social; que la AFP

Colfondos S.A. pertenece a CITIBANK COLOMBIA, por lo que su empleador fue el que gestionó el traslado de sus trabajadores a dicho fondo.

Señaló, que la AFP Colfondos S.A. y las demás AFP demandadas gestionaron de manera engañosa el traslado al RAIS, lo que las hace acreedoras de las sanciones previstas en el inciso 1° del artículo 271 de la Ley 100 de 1993; que desde hace 4 años ha procurado gestionar el traslado al RPM; que presentó solicitud de desvinculación de régimen ante Colfondos S.A. el 27 de abril de 2018, la cual fue negado el 24 de mayo de 2018; que también efectuó solicitud de traslado a la AFP Old Mutual el 11 de mayo de 2018, quien guardó silencio; que en Colpensiones radicó petición el 25 de abril de 2018, siendo negada.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó (f.° 106-137), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, aceptó que la demandante estuvo afiliada a dicho régimen, petición prestada ante la entidad y respuesta; respecto de los demás hechos manifestó no constarle. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, buena fe e innominada o genérica.

AFP Old Mutual contestó (f.° 106-137), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, aceptó fecha de traslado inicial de régimen con Colfondos S.A., posterior afiliación a Old Mutual, fecha en que la demandante presentó petición ante la entidad aduciendo que a la misma sí se le dio respuesta; en cuanto a los demás hechos, dijo no ser ciertos los numerales 22, 23, 24, 29, 33 a 36; frente a los restantes, manifestó no ser ciertos. Propuso como excepciones de mérito, las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

Colfondos S.A. contestó (f.° 143-166 y 174-180), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó solicitud prestada por el demandante y respuesta dada por la entidad; frente a los demás, dijo no constarle los numerales 1, 6, 10 a 12, 18, 19, 23, 25 a 27, 29 a 39, 49 y 50, y no ser ciertos los restantes. Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro

individual con solidaridad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago.

Protección S.A. contestó (f.º 143-166 y 174-180), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos dijo no constarle. Propuso como excepciones perentorias, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derecho de terceros de buena fe, innominada o genérica, traslado de totalidad de los aportes AFP Porvenir, traslado de movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFPS convalida la voluntad de estas afiliado a dicho régimen.

Respecto de **Porvenir S.A.**, se tuvo por no contestada la demanda mediante auto del 26 de abril de 2021 (fº397).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, quien conoció el presente proceso de conformidad con lo establecido en el Acuerdo PCSJA20-109 del 31 de diciembre de 2020, mediante sentencia del 11 de noviembre de 2021 (CD – f.º 436), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la **COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por la demandante **DIANA MARÍA URIBE TÉLLEZ**, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: RELEVARSE del estudio de las excepciones elevadas por las demandadas.

TERCERO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho a la demandante y a favor de cada una de las demandadas **COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES**, en la suma de \$1.000.000.

Fundamentó su decisión, señalando que el problema jurídico a resolver en el presente asunto se centraba en establecerse si era viable declarar la ineficacia de la nulidad de afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad;

frente a lo cual fundaba su decisión en lo normado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y en la línea jurisprudencial establecida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las cuales dicho órgano de cierre ha considerado que si se acredita que en efecto no se brindó una debida asesoría por parte de la AFP al afiliado que le permita ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto; haciendo alusión la jurisprudencia al deber de información y la aplicación de la ineficacia del traslado, la inversión de la carga de la prueba y donde además se ha advertido que debe analizarse las particularidades de cada asunto.

Resaltó, que en el presente asunto debía analizarse si Colfondos S.A. había ofrecido una información objetiva, suficiente y clara a la demandante respecto de su situación pensional al momento del traslado, el cual se realizó el 15 de junio de 1994, considerando que la señora Diana Uribe había efectuado una confesión al momento del interrogatorio de parte, en donde manifestó que al momento del traslado se había realizado una reunión grupal en su sitio de trabajo en donde el asesor de la AFP expuso las ventajas de afiliarse a dicho fondo, afirmando que una de las ventajas era que podía obtener una mejor pensión y adquirir dicho derecho de manera anticipada, indicando la deponente que le fue explicado que ello dependía de lo que se ahorrará en la cuenta de ahorro individual.

Sostuvo, el *a quo* que si bien el formulario de afiliación no era un elemento decisivo para declarar la ineficacia o la validez del acto jurídico de traslado respecto de la ineficacia, en este caso quedaba claro que la AFP había suministrado la información y con ello, la demandante había firmado el formulario.

Así mismo, se había podido observar de la declaración de la demandante, que conocía los requisitos para pensionarse en el ISS, los cuales consistía en tener una edad mínima y un tiempo de servicios, aspectos que sabía con anterioridad a la reunión efectuada por la AFP; que al interrogársele sobre los requisitos para pensionarse en el régimen de ahorro individual, la actora había sido reiterativa e insistente en indicar que el asesor de Colfondos en su momento le explicó cómo podía obtener la mesada pensional en dicho régimen; que podría obtener rendimientos y ganancias, por lo que concluyó que la AFP había suministrado la información suficiente sobre la forma en cómo funcionaba el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Acotó, que adicional a lo anterior, la demandante había realizado traslados horizontales entre diferentes fondos de pensiones, por lo que no se acogía a la postura

establecida por la Sala de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia frente a los actos de relacionamiento; de otro lado, manifestó que la promotora del proceso había referido inconformismo al momento del traslado, frente al hecho de que no se le había efectuado una proyección de su mesada pensional. En relación a ello, consideró que para el momento del traslado de régimen no se exigía como requisito el cálculo de una mesada pensional; bajo tales postulados absolvió a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que la decisión de primera instancia no se está rigiendo a cabalidad con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en su precedente jurisprudencial, ni tampoco por los antecedentes o los elementos jurisprudenciales que se han fijado por Tribunal.

Dijo, que el juzgado estableció que la demandante conocía cada una de las características y circunstancias en las cuales se movía o adelantaba sus acciones en el régimen de prima media con prestación definida; que por el simple hecho de haber señalado que tenía conocimiento de que en el RPM se adquiría la pensión con unas semanas y con una edad de cotización, no era suficiente para establecer que conocía a cabalidad sobre el régimen de prima media, pues tan solo había manifestado que conocía sobre la edad y unas semanas que tenían que cotizarse, pero no que fuera conocedora de cómo se liquidaba la mesada pensional al momento en que se realizó el traslado; por el contrario, no se le informó cuáles eran los montos que debía tener para liquidar esa mesada pensional; tampoco le dijeron que en el evento en que no cumpliera la edad para la pensión tenía derecho a la indemnización sustitutiva.

Adujo, que con lo anterior no se podía considerar que la actora tenía conocimiento de todas las características ventajas y desventajas que ofrecía en régimen de prima media; tampoco resultaba acertado el cumplimiento del deber de información por el hecho de que la demandante hubiera manifestado que conocía que en la AFP debía efectuar unos aportes y con base en unos rendimientos conjuntamente, dado que dicha información se dio de manera general, sin que le indicaran sobre las modalidades de pensión, bajo qué circunstancias se podía pensionar o bajo que monto podría elevarse la mesada pensional, tampoco le hablaron de cómo incrementar el valor de estos aportes; que los aportes voluntarios los hacía para disminuir el valor de la renta, quedando claro con ello, que no tenía conocimiento

de que podía acceder a un valor o a una mesada pensional mayor; que no se le dijo nada sobre la garantía de pensión mínima, tampoco que en el caso de que no pudiera adquirir su mesada pensional podría ajustarse a una pensión mínima, no se le habló de bonos pensionales.

Por último, adujo que en el presente proceso no se valoró, ni se estableció de forma concreta los elementos materiales de prueba como es la confesión, toda vez que de lo declarado por la demandante no se logra concluir que se le hubiere brindado la información necesaria.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colfondos y después a otras AFP, es ineficaz por falta de información y, si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **DIANA MARÍA URIBE TÉLLEZ** se afilió al ISS, efectuando aportes desde el 5 de agosto de 1986, al 5 de febrero de 1989, para un total de 130,86 semanas de cotización (CD f° 368); *ii)* que el **15 de junio de 1994**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colfondos S.A.; *iii)* que posteriormente, se trasladó a la AFP Santander hoy Protección S.A., el 21 de diciembre del año 2000 (f° 382); *iv)* que el 4 de enero de 2002, se trasladó a Porvenir S.A.; y *v)* que el 9 de febrero del año 2006, se trasladó a Old Mutual hoy Skandia S.A., entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente (f.° 87).

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala, tres aspectos, el primero que si bien es cierto en la demanda se solicitó la anulación de la vinculación al régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su **ineficacia** puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario,

el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considere se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL1565 - 2022). Por consiguiente, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, ya que, al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

El segundo, que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues conforme se precisó en la sentencia CSJ SL1452-2019 exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009).

Y el tercero, que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**15 de junio de 1994**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, entre muchas otras), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

En el presente asunto se tiene que los argumentos que tuvo el *a quo* para negar la ineficacia del traslado fue que la demandante tenía conocimiento de los requisitos para pensionarse en el RPM, que dentro del interrogatorio de parte la accionante había manifestado que al momento del traslado se había realizado una reunión grupal en su sitio de trabajo en donde el asesor de la AFP expuso las ventajas de afiliarse a dicho fondo, afirmando que una de las ventajas era que podía obtener una mejor pensión y adquirir dicho derecho de manera anticipada; que la actora le fue explicado que ello dependía de lo que se ahorrará en su cuenta de ahorro individual.

Al respecto, revisado el interrogatorio de parte efectuado por la demandante, no evidencia la Sala que con la declaración rendida por ella en efecto se dé por demostrado el deber de información, pues si bien allí se señaló lo dicho por el juez de primer nivel, es claro que dicha información tan solo se basó en las ventajas que ofrecía dicho régimen, sin que pudiese evidenciarse que el asesor también le hubiere suministrado información sobre las desventajas del mismo; aunado a ello, la reunión se efectuó de manera grupal, sin que se brindará una información personalizada a la señora Diana Uribe sobre su futuro pensional, esto es, indicándole la modalidad pensional que más le convenía, la proyección de una mesada pensional; además, como bien lo advirtió en su declaración, no se le mencionó sobre los aportes

voluntarios, arguyendo que dicha información la adquirió solo con posterioridad a su traslado, aclarando que los realizó entre los años 2007 a 2017, por sugerencia del contador de la empresa donde laboraba, quien le dijo que ello le podría generar una retención en la fuente más bajita, de suerte que tampoco tenía claro que con ello podía mejorar su mesada pensional.

De acuerdo a la anterior, declaración no resulta ser cierto como lo sostuvo el juez, que la demandante conoció de ante mano las características del RAIS, pues si bien conoció sobre todas las ventajas prometidas, no se le dijo nada sobre las demás circunstancias que le podría acarrear dicha decisión en comparación con el RPM. De manera que, las anteriores circunstancias no permiten demostrar el cumplimiento del deber legal que tenía el fondo de pensiones al momento del traspaso de régimen, resultando pertinente indicar, que ese deber de información debe cumplirse en el momento en que se da apertura al traslado de régimen, pues es ahí en donde el afiliado debe tener claras las circunstancias que implican su decisión.

Lo anterior evidencia que el *a quo* incurrió en error al negar la ineficacia del traslado, toda vez que del relato de la señora Diana Uribe quedó evidenciado que no se le dio una información completa respecto de las características del RAIS, pues tan solo se le informó sobre el beneficio de estar en dicho régimen, dejando de lado las demás situaciones que enmarcan el mismo, sin que la AFP acreditará a través de otros medios de convicción que efectivamente cumplió con ese deber de información.

Acorde con lo expuesto, no observa esta Colegiatura una confesión en los términos del artículo 191 del CGP, esto es, que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, pues en ningún momento señaló que el asesor de Colfondos en junio de 1994, le hubiese dado una información adecuada, suficiente, clara, transparente y detallada acerca de las **características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales**, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada modelo pensional, pues era deber y/o obligación de dicha entidad dar a conocer toda la verdad objetiva de los dos regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro, circunstancias que esa AFP debía probar en este proceso y no lo hizo.

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Colfondos suscrito el **15 de junio de 1994**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un

afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

En este punto, debe advertirse que la firma del mencionado formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado, tal y como se dijo por la Sala de Casación laboral en la sentencia CSJ SL1688-2019.

Se reitera, que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Así, como consecuencia directa, es evidente que afecta la validez de los actos jurídicos subsiguientes, entre ellos los traslados que se efectúen entre los diversos fondos privados y los fondos alternativos de pensiones.

Lo anterior es así, porque conforme lo ha explicado con abundancia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la declaratoria de ineficacia trae consigo la vuelta al *statu quo*, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJSL373-2021, entre muchas otras). Lo anterior, salvo que la persona tenga la calidad de pensionada, pues en este evento la jurisprudencia tiene sentado que no es factible reversar o retrotraer dicha calidad para restablecer la afiliación en el régimen de prima media, como si la persona nunca se hubiese trasladado de régimen (CSJ SL373-2021); sin embargo, esta es una precisa excepción no aplicable al caso concreto.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en

el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –**actos de relacionamiento**–, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él como erradamente lo señala el *a quo*, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala permanente de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Entonces, al no haber constancia de que Colfondos S.A. al momento del traslado de régimen pensional hubiese suministrado al afiliado información clara, precisa y oportuna sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, a pesar de ser esa su carga, trae como consecuencia que el mismo sea declarado como **ineficaz**.

En esta perspectiva, la declaratoria de ineficacia hace que las cosas vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación; o dicho, en otros términos, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros y gastos financieros, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Bajo el anterior contexto, se hace necesario **REVOCAR** la decisión de primera instancia para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por la Diana María Uribe Téllez el **15 de junio de 1994**, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que el acto jurídico del traslado no produjo efectos, pues ante la violación del deber de información dicho acto no puede proyectarse en el mundo de las relaciones jurídicas, razón por la cual se impone el regreso automático de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

En consecuencia, se condenará a las AFP Colfondos S.A., Protección S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A., a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. (CSJ SL1055-2022).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

Así las cosas y sin más consideraciones, se revocará la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

Las de ambas instancias a cargo de las demandadas AFP Colfondos S.A., Protección S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A., como quiera que el recurso de apelación salió avante y en virtud del numeral 4° del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora DIANA MARÍA URIBE TÉLLEZ el 15 de junio de 1994, por intermedio de la **AFP COLFONDOS S.A.**, en consecuencia, declarar válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por **COLPENSIONES**.

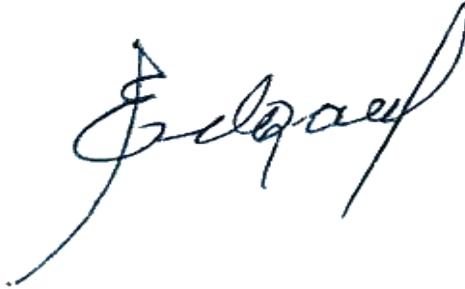
SEGUNDO: CONDENAR a las AFP COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas conforme a lo motivado.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.

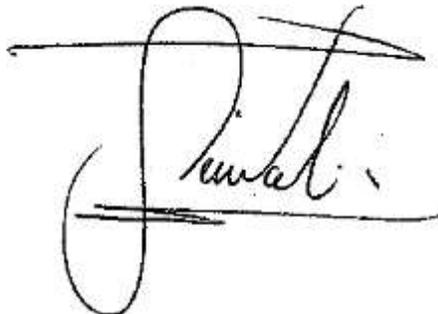
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., en la suma de \$1.000.000, para cada una.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Édgar Rendón Londoño', written in a cursive style.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JULIO CÉSAR VIZCAINO RIVEROS
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veintiún (21) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JULIO CÉSAR VIZCAINO RIVEROS**, se ordene el reconocimiento y pago del incremento adicional pensional del 14%, sobre el valor de la pensión por su esposa y cónyuge Emerita Rojas Cespedes; se ordene el reconocimiento del incremento a partir del 28 de julio de 2009 y hasta cuando subsistan las causas que le dieron origen (Exp. Digital – cuaderno 1- pág. 21).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital – cuaderno 1- pág. 19-20), señaló en síntesis, que se le reconoció pensión de vejez por parte del ISS hoy Colpensiones, mediante resolución No. 032053 del 28 de julio de 2009; que según se depende de la resolución de reconocimiento le fue reconocida la prestación conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado en el Decreto 758 de 1990 y Ley 33 de 1985.

Señaló, que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, en el literal b) establece un incremento adicional del 14% por cónyuge a compañera a cargo, que dependa

económicamente del pensionado; que al momento de reconocerse la pensión de vejez no le fue otorgado dicho incremento.

Relató, que se encuentra casado por el rito católico hace 50 años con la señora Emerita Rojas Cespedes, con quien comparte techo, lecho y mesa, dependiendo económicamente de él, ya que no recibe pensión, ni renta; además, se encuentra afiliada como su beneficiaria en salud en la EPS Famisanar. Por último, mencionó que agotó la vía gubernativa ante Colpensiones el 20 de marzo de 2018.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES S.A. contestó (Exp. Digital – cuaderno 01- pág. 35-47), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó fecha y acto administrativo de reconocimiento pensional y fecha en que se agotó la vía gubernativa; que no ser cierto el numeral 4 y no constarle los demás.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho y la obligación a cargo de Colpensiones, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, pago, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, a través de sentencia del 26 de agosto de 2021 (Exp. Digital- cuaderno 05), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la demandada **ADMINSITRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda propuesta por **JULIO CESAR VIZAINO RIVEROS**, Conforme a las razones expuestas por la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO. Sin lugar a imponer condena en costas a las partes.

Fundamentó su decisión, señalando que no existía discusión frente a la calidad de pensionado del demandante al encontrarse dentro del proceso el correspondiente acto administrativo en el cual se le reconoció la pensión de vejez bajo la resolución No. 032053 del 28 de julio de 2009, por medio de la cual COLPENSIONES le concedió la prestación por riesgo de vejez a partir del 1 de noviembre de 2011, al tenor de lo preceptuado en el

artículo 1° de la Ley 33 de 1985, al tener acreditados tiempos servidos en el sector público y tras considerarlo beneficiario del régimen de transición.

Indicó, que el derecho reclamado por el demandante consistía en el incremento pensional del 14% contemplado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, el cual no es aplicable al régimen con el cual le fue concedido el reconocimiento pensional, por cuanto correspondió a la Ley 33 de 1985.

Adicionalmente, sostuvo que si en gracia de discusión habría lugar a discutir la procedencia de la aplicación de dicha norma, debía tenerse en cuenta que la Corte Constitucional había proferido la sentencia SU 140 de 2019, en la cual señaló en síntesis que con ocasión a la expedición de la Ley 100 de 1993, el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, había sido objeto de derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de 1994.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, interpuso recurso de apelación argumentando que en Colombia por mandato del artículo 53 de la Constitución Política toda incertidumbre relativa a la aplicación de una determinada norma debe aplicarse la norma que más le favorezca al trabajador; principio que también ha sido denominada *indubio pro operario*, el cual se ha tenido en cuenta por muchos magistrados; beneficiándose al trabajador en el sentido de que cuando la norma establece una duda la misma debe resolverse a favor éste.

Añadió, que la controversia se ha suscitado en cuanto a que la Ley 100 de 1993, derogó el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, lo cual vulnera el principio antes citado, debiéndose tener en cuenta que la Ley 100 de 1993, en ningún momento derogó de manera expresa dicha norma; que si bien la presente decisión se está aplicando la sentencia SU 140 de 2019, al revisarse la sentencia SU 310 de 2017, la misma unificaba todas las solicitudes en tutela que se hacían sobre estos incrementos pensionales favoreciendo a estos pensionados a efectos de que se les concediera el incremento pensional del 14%.

Sostuvo, que desafortunadamente la ley en Colombia es variable cuanto a interpretación jurisprudencial, por lo cual se solicitó tener en cuenta que el demandante fue beneficiario del régimen de transición y el criterio que se debe tener es la duda a favor del pensionado y si la ley 100 de 1993, establece una prohibición en relación a estos incrementos pensionales no es del todo expresa sino de manera genérica por lo que mal

se haría que el intérprete acuda a una hermenéutica restrictiva para negar la concesión de un derecho como el aquí reclamado.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a esta Sala de decisión determinar, i) si los incrementos por personas a cargo consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, se encuentran vigentes; y ii) si hay lugar a reconocer los mismos.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que al señor Julio César Vizcaino Riveros le fue reconocida pensión de vejez por parte del ISS hoy Colpensiones a través de resolución No. 032053 del 28 de julio de 2008, a partir del 1° de agosto de 2009, en cuantía de \$496.900; **ii)** que dicha prestación se reconoció al ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y reunir los requisitos del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 (Exp. Digitalizado – carpeta 01.2); **iii)** que se encuentra casado con la señora Emerita Rojas Céspedes desde el 8 de diciembre de 1968 por los ritos católicos (Exp. Digital – cuaderno 1- pág. 7); y **iv)** que la señora Emerita Rojas Céspedes es beneficiaria en salud del pensionado desde el 1° de marzo de 2002, conforme certificado expedido por Famisanar EPS (Exp. Digital – cuaderno 1- pág. 13).

INCREMENTO POR PERSONAS A CARGO

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en la sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

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 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.

[...]

Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es

requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993.

[...]

De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2015.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo dispuesto en la sentencia en cita, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

Aunado a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en reciente pronunciamiento se acogió a dicho criterio como se puede ver en la sentencia CSJ SL2061-2021, en la cual dijo:

En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:

[...]

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea

jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

[...]

7. Conclusiones

De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.

De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada.

En ese orden de ideas, debe decirse que no es procedente dar aplicación a una norma que ya se encuentra derogada tal y como lo pretende la parte actora. A lo anterior, se suma que, como bien lo precisó la Juez de primera instancia, aun cuando el reconocimiento pensional se otorgó por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la norma a la que se acudió para tal efecto no fue el mencionado Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, sino que tuvo en cuenta la Ley 33 de 1985, al efectuar cotizaciones en el sector público, situación por lo cual tampoco puede ser merecedor del incremento solicitado en caso de que permaneciera vigente, puesto que en dicha disposición no se consagran los incrementos deprecados.

Tampoco resulta aceptable dar aplicación en este caso al principio *indubio pro operario*, como lo pretende el recurrente, pues no existe duda sobre el sentido de la norma, sino que la misma fue expulsada del ordenamiento jurídico y tampoco resulta admisible tener en cuenta los argumentos de la sentencia SU 310 de 2017, pues la misma fue anulada; sobre tales puntos, la Corte Constitucional los analizó en la misma sentencia SU – 140 de 2019, en la que dijo:

La Corte estima necesario referirse al principio del in dubio pro operario que, consagrado en el artículo 53 superior^[262], fue el principal fundamento de la sentencia anulada y que mediante esta providencia se reemplaza. Para ello, inicialmente debe distinguirse, en materia laboral, cuándo hay lugar a la aplicación del principio de favorabilidad (favorabilidad en sentido estricto) y/o cuándo debe acudir al principio in dubio pro operario (favorabilidad en sentido amplio).

5.1. *El principio de favorabilidad estricta en materia laboral exige que cuando el operador jurídico se encuentre frente a dos o más normas jurídicas que, prima facie, podrían aplicarse frente de una misma situación fáctica, debe optarse por la norma que favorezca mayormente al trabajador. Por otra parte, debe acudir al principio in dubio pro operario o de favorabilidad en sentido amplio cuando el operador jurídico se encuentre ante la alternativa de escoger –no ya entre dos o más normas jurídicas de eventual aplicación a una misma situación jurídica- sino entre los efectos que de la*

interpretación una misma norma jurídica podrían derivarse para el trabajador, debiendo igualmente optarse por el criterio hermenéutico que más favorezca a este último. En palabras de la Corte: “Mientras el principio de favorabilidad en sentido estricto recae sobre la selección de una determinada disposición jurídica, el principio in dubio pro operario lo hace sobre el ejercicio interpretativo efectuado por el juzgador al identificar el contenido normativo de una disposición jurídica.”^[263]

5.2. *De lo recién expuesto se concluye que el artículo 53 superior incorpora tanto el principio de favorabilidad en sentido estricto como el principio in dubio pro operario. Ciertamente, de su lectura se desprende que mientras que el primero de dichos principios opera en caso de duda en la “aplicación” de las fuentes formales de derecho, el segundo ocurre cuando la duda surge de la “interpretación” de tales fuentes^[264].*

5.3. *Ahora bien, la jurisprudencia ha sido clara en establecer que la duda que antecede y presupone la aplicación tanto de la favorabilidad en sentido estricto como del principio in dubio pro operario debe ser una duda que “[revista] un carácter de seriedad y objetividad, pues no sería dable que ante una posición jurídicamente débil, deba ceder la más sólida bajo el argumento que la primera es la más favorable al trabajador. En ese orden, la seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierna sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva’.^{[36^[265]]} Igualmente, la Sala precisa que la duda que surge en este contexto es de carácter normativo, por esa razón no es posible la utilización de estos principios en caso de incertidumbre sobre la ocurrencia de un aspecto fáctico, esto es, en el escenario de la prueba de los hechos^{[37^[266]]}”^{[38^[267]]}.^[268]*

5.4. *Visto lo anterior, la Corte coincide con la sentencia anulada en que la favorabilidad que en principio podría aplicarse en el sub lite sería la amplia que corresponde al principio in dubio pro operario. Justamente, en dicha Sentencia SU-310 de 2017 se señaló que “el problema jurídico bajo estudio, surge, entre otras razones, de las dos posibles interpretaciones que se pueden dar a la disposición contenida en el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, conforme al cual, los incrementos pensionales no forman parte integrante de la pensión y el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen. En efecto, y como se explicará más adelante: (i) algunos han considerado que el hecho de que los incrementos pensionales no formen parte integrante de la pensión, significa que no gozan de los atributos del derecho pensional, entre ellos, la imprescriptibilidad; (ii) otros han argumentado que al subsistir el derecho mientras perduren las causas que le dieron origen, este es imprescriptible, lo cual se refuerza con el principio de favorabilidad en materia laboral.”*

5.5. *No obstante, para la Corte ahora es claro que, en realidad, la duda hermenéutica que surge del anterior planteamiento o bien no existe o, al menos, es lo suficientemente débil como para no dar lugar a la aplicación del principio in dubio pro operario.*

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

*En dicho orden de ideas, la duda según la cual habría que escudriñar el sentido de los artículos 21 y 22 del Decreto 758 de 1990 sería evidentemente infundada pues **no hay lugar a examinar la aplicación o el propósito de una norma que ha perdido vigencia en el ordenamiento jurídico, del cual ha sido expulsada**; todo ello, se reitera, sin perjuicio de la subsistencia de su eficacia para únicamente la conservación*

de los derechos que se hubieren adquirido bajo la vigencia de dicho artículo 21 del Decreto 758 de 1990, antes de la expedición de la Ley 100 de 1993^[269]. No sin razón, en sentencia C-159 de 2004^[270] se rememoró cómo en la Sentencia C-443 de 1997^[271] la Corte explicó que “se puede decir que **la derogación tiene como función, tal y como lo señala la doctrina y lo ha establecido esta Corporación, dejar sin efecto el deber ser de otra norma, expulsándola del ordenamiento**^{[7^[272]]}. (...) Esta Corte ya había precisado [que]: “Así, **la derogación no deriva de conflictos entre normas de distinta jerarquía sino de la libertad política del Legislador, pues ese órgano político decide expulsar del ordenamiento una norma que hasta ese momento era totalmente válida, ya sea para sustituirla por otra disposición, ya sea para que la regulación de la materia quede sometida a los principios generales del ordenamiento. Es pues un acto de voluntad política pues el Legislador evalúa, conforme a criterios de conveniencia, cuando es oportuno derogar una determinada disposición (...)** En síntesis, y tal y como esta Corporación ya lo había señalado, **“la derogatoria es un fenómeno de teoría legislativa donde no sólo juega lo jurídico sino la conveniencia político-social, (...)** (Sentencia C-145/94. MP Alejandro Martínez Caballero, Fundamento Jurídico No 5)”. (Énfasis fuera de texto)

Lo recién expuesto, particularmente en tratándose de la subsistencia de la eficacia del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 por virtud del derecho de conservar los derechos adquiridos, explica por qué lo sostenido en la anulada Sentencia SU-310 de 2017 y recién transcrito bajo el numeral 5.4 supra constituye un falso dilema. Ciertamente, contrario a lo que se sugirió en dicha providencia, es perfectamente armonioso que aunque los incrementos de que trató el referido artículo 21 no tuvieran naturaleza pensional, los derechos a tales hubieren subsistido mientras perduraran las causas que les dieron origen; todo ello bajo el entendido de que los referidos derechos nacieron (y por ende, tienen la vocación de subsistir) mientras su fuente jurídica estuvo vigente dentro del ordenamiento. Situación distinta es la de quienes, sin pensionarse vinieron cotizando al antiguo sistema pensional pero no alcanzaron a pensionarse bajo el mismo, independientemente si para éste último momento tuvieron o no un cónyuge o compañero(a) permanente y/o hijo que dependiera económicamente de aquel.

Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales^[273], recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto Legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993. Sobre este último particular la Corte se remite a lo señalado bajo los numerales 3.3. y 4 supra de las consideraciones de esta providencia.

De conformidad con las consideraciones expuestas, resulta claro entonces que no hay lugar al reconocimiento de los incrementos por persona a cargo, razones por las que habrá de **confirmarse** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

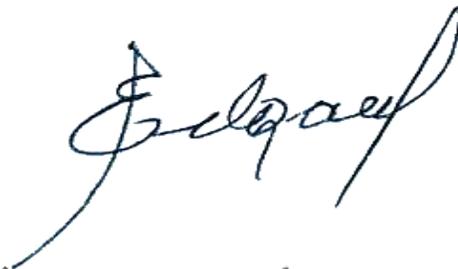
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

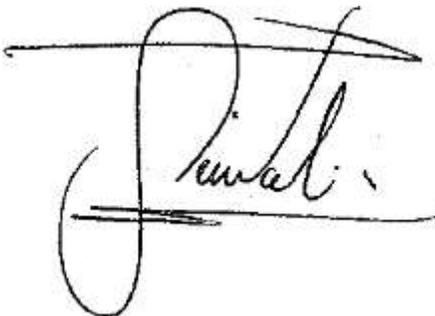
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$500.000.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Édgar Rendón Londoño', written in a cursive style.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALBERTO JIMÉNEZ BUENDÍA
CONTRA EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. hoy PRIMAX de
COLOMBIA S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintiún (21) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende el señor **ALBERTO JIMÉNEZ BUENDÍA**, se declare que con la empresa demandada existió una relación laboral entre el 1° de diciembre de 1987 al 1° de abril de 1990; se declare que la empresa accionada no efectuó aportes al sistema general de pensiones para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte durante la vigencia de la relación laboral. Como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de las cotizaciones a pensión, las costas y agencias en derecho y se haga uso de las facultades ultra y extra petita (f° 1).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 1-2), señaló en síntesis, que nació el 14 de junio de 1957; que laboró para la empresa EXXONMOBIL DE COLOMBIA en el periodo 1° de diciembre de 1987, al 1° de abril de 1990; que durante la vinculación laboral la empresa no efectuó cotizaciones a pensión; que para el año 1988, devengaba \$201.900 mensuales, para el año 1989 la suma de \$269.800 y para el año 1990, la suma de \$331.900; que se encuentra afiliado a la AFP Porvenir S.A.; que el día 15 de marzo de 2018, solicitó ante la empresa demandada los aportes pensionales, lo cuales fueron negados en respuesta del 23 de mayo de 2018.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. hoy **PRIMAX de COLOMBIA S.A.** contestó (fº. 79-102), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, aceptó la relación laboral que tuvo con el demandante, los extremos de dicha relación, los salarios devengados y los aportes que no se efectuaron al sistema de seguridad social en pensiones. Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación demandada, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de marzo de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre ALBERTO JIMÉNEZ BUENDÍA y la demandada EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., hoy PRIMAX de COLOMBIA S.A. existió una vinculación contractual laboral vigente entre el 1º de diciembre de 1987 y el 1º de abril de 1990, en el marco de la cual percibió las asignaciones salariales a qué se refiere la certificación que obra al folio 25 del plenario.

SEGUNDO: DECLARAR que la demandada que EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., hoy PRIMAX de COLOMBIA S.A., en su calidad de empleador, está obligada a asumir el pago de la suma correspondiente al cálculo actuarial que para el efecto haga que la Administradora de Fondos de Pensiones en que se encuentre afiliado el accionante, sin incluir sanciones o intereses moratorios para la determinación del mismo, en el marco de la relación laboral expedida en el plenario, vigente entre el 1º de diciembre de 1987 y el 1º de abril de 1990.

TERCERO: CONDENAR a EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., hoy PRIMAX de COLOMBIA S.A., a pagar las sumas que determine la Administradora De Fondos De Pensiones en la que se encuentre afiliado el accionante y a entera satisfacción de ella, previo cálculo actuarial, en el que no se incluyan sanciones e intereses moratorios. Lo anterior para efectos que el importe respectivo sirva de sustento a cualquier derecho prestacional que pueda surgir en el marco del sistema general de pensiones en favor del demandante, esto con base en las asignaciones salariales certificadas por la accionada, en la forma consignada Folio 25 de expediente. Todo lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: EXCEPCIONES dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas

QUINTO: SIN COSTAS en la instancia las partes

Fundamentó su decisión, señalando que no existía discusión respecto de la relación laboral que había existido entre las partes; que la controversia radicaba en si la accionada estaba obligada a efectuar las cotizaciones al sistema general de

pensiones a favor del actor por el lapso comprendido entre el 1° de diciembre de 1987, al 1° de abril de 1990, haciendo énfasis en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia relacionada con el tema.

Concluyó, que en vigencia de la vinculación laboral del accionante con la convocada a juicio, ésta había asumido directamente la totalidad del riesgo de vejez, de manera que debía efectuar a través de cálculo actuarial dicha cotización, tomando como ingreso base de cotización los salarios percibidos por el actor en vigencia de la relación laboral, sin que se debiera incluir intereses moratorios, ya que no se trataba de una sanción por omisión del empleador de efectuar aportes sino del mecanismo para que se asumiera los tiempos correspondientes.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **empresa demandada** interpuso recurso de apelación argumentando, que se ajustó íntegramente a sus obligaciones en vigencia de la relación laboral, no existiendo para el momento de esa vinculación del actor, la obligación de aprovisionar capital, ni de afiliarlos al sistema de seguridad social en pensiones, ni mucho menos de efectuar aportes en su favor; por lo tanto, no habría lugar a que se trasladará la obligación de asumir esos pagos.

Resaltó, que no ha surgido la obligación de realizar ningún traslado de capital a los fondos de pensiones con posterioridad de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, toda vez que el contrato para ese momento tampoco se encontraba vigente; así mismo, la orden dada en primera instancia desconocía la participación económica compartida que establece la Ley 100 de 1993, debiendo ser participe el demandante de financiar su pensión.

Por lo anterior, solicitó se revoque la decisión y sea absuelta la empresa demandada, y en caso de no accederse a ello, se modifique en el sentido de involucrar al demandante para que participe en los porcentajes legalmente definidos para el pago del cálculo actuarial.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la sociedad EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., hoy PRIMAX de COLOMBIA S.A.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar: *i)* si la accionada EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., hoy PRIMAX de COLOMBIA S.A. está obligada a pagar a la AFP donde se encuentre afiliado el demandante el cálculo actuarial elaborado por este, por la no afiliación de los riesgos de IVM en el periodo comprendido entre el 1° de diciembre de 1987 al 1° de abril de 1990, al haber sido llamado a inscripción solo hasta el a partir del 1.º de octubre de 1993; y *ii)* si el pago del cálculo actuarial debe ser compartido entre el empleador y el actor.

No es objeto de controversia: *i)* que el demandante prestó sus servicios en favor de EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. hoy PRIMAX de COLOMBIA S.A. entre el 1° de diciembre de 1987, y el 1° de abril de 1990; *ii)* que el empleador no lo afilió al ISS durante dicho periodo; *iii)* que de enero a diciembre de 1988, devengó como salario al suma de \$201.900, de noviembre a diciembre de 1989, \$269.800 y de enero a marzo de 1990, \$331.900 (f° 19).

CÁLCULO ACTUARIAL

Al respecto, se tiene que con el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año concretamente en su artículo 1°, se estableció la obligatoriedad de afiliación al régimen de los seguros sociales obligatorios a los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y a los que presten sus servicios en empresas del sector oficial siempre que no estuvieran exceptuados por disposición legal. Obligación ésta que no fue inmediata por cuanto se hizo de manera paulatina a medida que el ISS extendiera su cobertura en el territorio nacional.

Ahora, respecto de empresas petroleras como la demandada, con la expedición del Acuerdo 264 del 13 de diciembre de 1967, aprobado mediante Decreto 64 del 22 de enero de 1968, se ordenó la inscripción al seguro social obligatorio de dichas empresas, sin embargo, de conformidad con el artículo 5° del Acuerdo 257, la fecha de llamado a inscripción se haría atendiendo las circunstancias operativas del Instituto que viabilizaran la aplicación de la cobertura.

Por lo anterior, se fijó como fecha para tal inscripción el 1° de septiembre de 1982; empero, dicha data se aplazó mediante Resolución 4454 de 1982 al 1° de noviembre de 1982 y luego al 1° de enero de 1983, de conformidad con la Resolución

4659 de 1982. Posteriormente, el Director del Instituto de Seguros Sociales expidió la Resolución 5043 del 15 de noviembre de 1982, a través de la cual dejó sin efectos indefinidamente la Resolución 3540 del 6 de agosto de 1982, bajo el entendido que por recomendación de la Junta Administradora del ISS, no debía hacerse uso de la facultad conferida por el mencionado artículo 5° para fijar la fecha de llamamiento a inscripción de las empresas petroleras, hasta tanto no se cumpliera una etapa de concertación entre el gobierno, los patronos y los trabajadores.

Es así, como el Instituto fue reestructurado a través del Decreto 2148 de 1992, y en uso de las facultades conferidas en dicho Decreto, el presidente de la entidad emitió la Resolución 4250 del 28 de septiembre de 1993, fijando el 1° de octubre de 1993, como fecha de iniciación de inscripción de las empresas petroleras en el régimen de los seguros sociales obligatorios.

Conforme a ello, en principio podría decirse que los tiempos laborados en tales empresas que sean anteriores al 1° de octubre de 1993, en virtud de la Resolución 4250 del 28 de octubre de 1993, no son computables para una pensión del sistema general de pensiones por cuanto no se tenía establecida una afiliación forzosa, sin que pudiera predicarse una omisión imputable al empleador; no obstante, el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, dispuso la obligación de los patronos de hacer los provisionamientos de capital necesarios para efectuar los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia CSJ SL220-2021, reiterada en sentencia SL3867-2021, señaló:

Al respecto, la recurrente sostuvo que no había lugar al pago de cotizaciones por el período ya señalado, comoquiera que en el caso de las empresas del sector petrolero, dicha obligación surgió solamente a partir del 1.º de octubre de 1993, cuando entró en vigencia la Resolución ISS 4250 de ese año.

En consecuencia, encuentra la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe a determinar, si se equivocó el ad quem al definir que Halliburton Latin América SRL Sucursal Colombia debía realizar las cotizaciones correspondientes al tiempo que el señor Galindo Junco prestó sus servicios.

Entrados en materia, lo que sí es cierto es que la posición de la Corte respecto de la intelección del artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y los artículos 59 a 61 del Acuerdo 244 de 1966, aprobado mediante Decreto 3041 del mismo año, está decantada y ese resulta ser el aspecto nodular por dilucidar en este caso.

Aunque hubo posiciones divergentes en el pasado, a partir de la sentencia CSJ SL9856-2014, el criterio respecto de que los empleadores deben responder por el cálculo actuarial correspondiente a períodos en los que la prestación del servicio estuvo a su cargo, pese a que no tuvieran la obligación de afiliar a los trabajadores al ISS por

falta de cobertura, ha sido pacífico y uniforme. Así razonó entonces la Sala en ese momento:

No se somete a duda que la dificultad, si no imposibilidad, logística y financiera que comportaba la implantación del sistema general de pensiones, impuso que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual; por ello, es perfectamente justificable que la asunción de los riesgos amparados por el mismo, no rigiera paralelamente en todas las regiones de la geografía nacional, sino que, en la medida en que se iba haciendo viable, la garantía que implicaba que las pensiones dejaran de estar a cargo del empleador, se fue extendiendo a zonas en las que las condiciones de variada índole permitían el avance. Incluso, no se desconoce que aún llegado el momento en que adquirió vigor jurídico la Ley 100 de 1993, un amplio sector no había alcanzado la protección.

Aun cuando es cierto el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

Precisamente el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer «El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta Ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que al momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar dicho riesgo serán menos favorables que las establecidas para aquellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley»; de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al patrono de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.

En efecto, bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

La sentencia de la Sala Plena de esta Corte, de 9 de septiembre de 1982, reconoce que el empleador tiene una serie de compromisos, en el periodo en el que no existió cobertura; justamente en ella se lee que «la filosofía misma del sistema de Seguridad Social demuestra diáfano que lo que se pretendía con él era el beneficio general e indiscriminado de los trabajadores, especialmente en cuanto se ampliaba sistemáticamente la cobertura de las prestaciones para abarcar un extenso grupo de los mismos, que hasta ese momento carecía de tales prestaciones. Las normas correspondientes significaron a la postre un mejoramiento integral de los trabajadores y una tecnificación indudable, de lo cual hasta el momento carecía la legislación laboral del país.

Así pues, desde el propio comienzo de esta nueva etapa de la seguridad social en el país quedó suficientemente claro, además de la citada aspiración técnica, que los riesgos originarios de las prestaciones sociales estarían a cargo del patrono respectivo, solamente mientras se organizaba el Seguro Social Obligatorio. Fue así como el artículo 12 de la Ley 6a de 1945, en cláusula repetida luego por los artículos 193-2 y 259-2 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que “mientras se organiza el Seguro Social obligatorio corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con los trabajadores, ya sean empleados u obreros”».

De esa reseña jurisprudencial debe resaltarse que el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, lejos de existir progreso en las condiciones laborales que permitiría que quede desprovisto de una atención plena e integral, que se debe por el trabajo desarrollado.

Por demás, el marco histórico constitucional da cuenta que desde la Carta Política de 1886 se previó la protección de los trabajadores, inclusive en estados de conmoción interior, impidiendo la afectación y el desmejoramiento de sus derechos aspecto que debe ponderarse para la interpretación del querer del legislador.

Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador. Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS».

En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.

Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

El razonamiento de la providencia transcrita en precedencia fue reiterado recientemente en pronunciamiento de la Sala CSJ SL2584-2020, en el que se asentó:

[...]

Los argumentos vertidos en las sentencias en cita bastarían para declarar la improsperidad del cargo, sino fuera necesario añadir a lo ya argüido que la lectura de las normas relativas a la seguridad social debe hacerse desde una perspectiva constitucional, que consulte la característica fundamental de que a partir de la vigencia de la Carta de 1991 somos un Estado Social de Derecho (art. 1.º CN), entre cuyos fines esenciales se encuentran los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como los de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (art. 2.º CN).

Añádase a lo anterior que la seguridad social en particular fue definida a nivel constitucional como un servicio público de carácter obligatorio, sujeta a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (art. 48 CN); y que la Corte, en desarrollo de ese fenómeno de constitucionalización del derecho laboral y de la seguridad social, ha propuesto y materializado la reinterpretación de algunas normas de orden legal, preconstitucionales, para armonizarlas con el texto y el espíritu de la Carta del 91, cristalizando lo dispuesto en el artículo 93 en cuanto prevalecen en el orden interno los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que la interpretación de los derechos y deberes debe sujetarse a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Conforme a ello, es claro que así la afiliación de los trabajadores que laboraban para empresas petroleras haya sido obligatoria a partir del 1.º de octubre de 1993, los empleadores estaban en la obligación de hacer partidas de capital para sufragar los aportes en pensión del personal a su cargo y con ello garantizar el derecho a la seguridad social de los mismos.

En ese orden de ideas, se tiene que como se indicó en precedencia, el accionante laboró al servicio de la demandada EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. hoy PRIMAX de COLOMBIA S.A. entre el 1º de diciembre de 1987 y el 1º de abril de 1990, luego en el periodo en que la empresa no efectuó cotización alguna, bajo el entendido que no estaba en la obligación a hacerlo, es evidente que debe responder por ese lapso en que la prestación por vejez estuvo a su cargo, sin que para nada importe el hecho de que el llamado a inscripción solo se hubiese dado a partir del 1.º de octubre de 1993; lo anterior, conforme al criterio doctrinal del Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral; de ahí que, como lo señaló el operador judicial de primer grado, deba cancelar el respectivo cálculo actuarial que para el efecto realice la AFP en donde se encuentre afiliado el promotor del proceso por las cotizaciones que no se hicieron durante ese tiempo.

De igual manera, en la sentencia anteriormente citada, la alta Corporación respecto de que la relación laboral finalizó antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, indicó que dicha situación no significaba que la empresa demandada no tuviera la obligación de efectuar el aporte pensional reclamado, precisando:

En armonía con lo expuesto, tampoco resultan de recibo los reproches de la recurrente en cuanto a que no es posible validar los tiempos de un contrato de trabajo culminado antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 o, en todo caso, antes del llamado de inscripción obligatoria al Instituto de Seguros Sociales para el sector de la industria del petróleo.

Sobre este punto, ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación que la circunstancia de que el contrato de trabajo no hubiera estado vigente para el momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no es relevante ni trascendente para la aplicación de la solución brindada por esta normatividad a este tipo de eventos, en cuanto a tener en cuenta tiempos laborados y no cotizados por falta de cobertura, a través de un cálculo actuarial.

En efecto, la Sala en la sentencia CSJ SL2138- 2016, sostuvo que «ese presupuesto de vigencia del contrato de trabajo, en una época determinada, deviene innecesario y contrario a los postulados de la seguridad social que ya se han reseñado, pues la obligación de afiliación es permanente e incondicional, a la vez que encuentra su causa en la prestación de los servicios del trabajador (CSJ SL, 30 Sep 2008, Rad. 33476), sin que en ello influya, en principio, la época en la que se mantuvo vigente la relación laboral», consideraciones que han sido reiteradas, recientemente, en las sentencias CSJ SL2584-2020 y CSJ SL, 14 jul. 2021, rad. 83301.

De esta forma, la Corte reitera el criterio vertido sobre el pago de aportes por tiempos laborados sin cobertura del ISS, anteriores a la Ley 100 de 1993.

De otro lado, en cuanto a que dicha obligación de pago de aportes es compartida, como lo alega el recurrente, debe indicarse que la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, también se ha pronunciado sobre el asunto, refiriendo en la sentencia CSJ SL1720-2022, lo siguiente:

Asimismo, el parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que es el empleador o la caja quien debe trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un bono o título pensional, sin que el trabajador esté llamado a contribuir de alguna manera en el pago de estos dineros, como se explicó en sentencia CSJ SL2584-2020, reiterada en la decisión CSJ SL673-2021:

La razón por la cual el empleador debe asumir íntegramente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo. De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la recurrente. (Negrillas fuera del texto original)

Por tal razón, las disposiciones que transcribe la censura para respaldar su tesis no resultan aplicables en este asunto, toda vez que la condena cuyo pago le fue impuesta en las instancias consiste en el título pensional correspondiente al lapso de vinculación, más no el pago de cotizaciones al sistema de pensiones que es lo que aquellas regulan. (Negrillas fuera del texto original)

Además, el parágrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la dicha ley tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión debe tenerse en cuenta para efectos de la misma, para lo cual «el empleador o la caja» deberán trasladar con base en el cálculo actuarial la suma

correspondiente, representado a través de un bono o título pensional, sin que en modo alguno la norma establezca la contribución por parte del trabajador.

En efecto, la referida disposición dispone «En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional».

De modo que, no le asiste razón a al apelante en cuanto a que las cargas deben ser compartidas entre la empresa y el demandante, puesto que, conforme a la línea de pensamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dicha obligación recae única y exclusivamente en el empleador.

Por lo anterior, se **confirmará** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

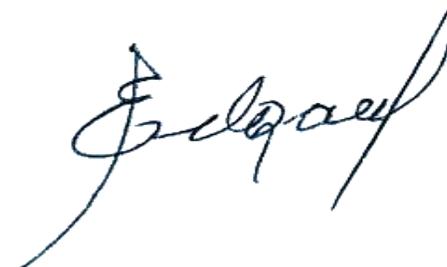
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandada.

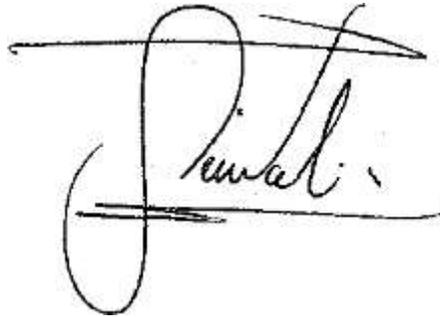
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



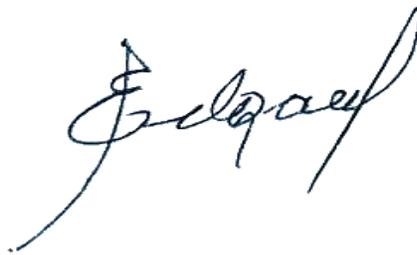
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada, en la suma de \$1.000.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL – ACCIÓN PERMISO PARA DESPEDIR – DE CASALIMPIA S.A. CONTRA ADRIANA YAZMÍN RIVERA ALAPE Y SE VINCULÓ A LA ORGANIZACIÓN SINDICAL ASOCIACIÓN NACIONAL DE PERSONAS DEDICADAS A LA LIMPIEZA, ASEO, ALMACENAMIENTO, COMPLEMENTARIO Y SIMILARES “ASONALPLIASECOS”.

En Bogotá D. C. a los veintiún (21) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

La sociedad CASALIMPIA S.A., pretende se declare la existencia de una justa causa para la terminación del contrato de trabajo imputable a la señora Adriana Yazmín Rivera Alape de conformidad con lo establecido en el numeral 6), del literal a), del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965; en consecuencia, se ordene el levantamiento de fuero sindical por el cual está amparada y se conceda el permiso para despedirla.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01 exp. Digital) señaló, que celebraron un contrato de trabajo cuyos extremos temporales se identifican en el texto del mismo; que el cargo era el de operaria de aseo y mantenimiento, en la ciudad de Bogotá; que de acuerdo con el registro sindical de la Junta Directiva de ASONALPLIASECOS, la demandada actúa como vicepresidente de esta, razón por la que en la actualidad tiene fuero sindical.

Narró, que mediante comunicación del 27 de abril de 2021, se citó a descargos a la demandada para el 28 del mismo mes y año, debido a las ausencias injustificadas a las reuniones programadas los días 9 y 14 de abril de 2021, días en los cuales se tenía previsto reuniones con ocasión de una negociación colectiva de trabajo que se adelantaba con CASALIMPIA S.A. y en la cual había sido designada como miembro de la comisión de negociadores y contaba con permiso remunerado durante esa negociación; que la señora Adriana Yazmín presentó incapacidad médica los días 28 y 29 de abril de 2021, razón por la que se reprogramó la diligencia de descargos para el 4 de mayo de 2021; no obstante, ella no se presentó ni entregó ninguna clase de justificación de su inasistencia, a pesar de tener pleno conocimiento de la fecha y hora de la diligencia.

Expuso, que el 5 de mayo de 2021, le dio por terminado el contrato de trabajo con justa causa por los hechos que había sido citada a descargos y de conformidad con lo reglado en el numeral 6, literal a), del artículo 62 del CST, subrogado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con lo establecido en el numeral 1 del artículo 58 y numeral 4 del artículo 60 de esa misma codificación, así como lo preceptuado en los numerales 1 y 15 del artículo 63, numerales 3 y 32 del artículo 70 del Reglamento de Trabajo de CASALIMPIA S.A.; que la demandada quedó notificada de la decisión ese mismo día y no impuso ninguna clase de observación ni reparo alguno a la misma.

La demanda fue adicionada informándose que la organización sindical UNALTRASLASECOS se encuentra disuelta y en proceso de liquidación y cancelación de su registro sindical por virtud del proceso tramitado ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá radicado 2020-105 dentro del que se emitió sentencia en agosto de 2021.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La señora **ADRIANA YAZMÍN RIVERA ALAPE** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, por no existir justa causa para la terminación de la relación laboral y la medida ser desproporcionada a la luz del CST. Frente a los hechos, aceptó los relativos a la relación laboral, su cargo; que pertenece a la organización sindical ASONALPLIASECOS; que es aforada; que la citaron a descargos, pero para ese momento estuvo incapacitada; que le reprogramaron la diligencia de descargos para el 4 de mayo de 2021, pero que desafortunadamente ese día había marchas en la ciudad que obstruyeron el paso

de los vehículos y no logró llegar puntualmente; que llegó a las 9:30 am, se excusó, y le manifestaron que debía esperar hasta las 12:30 m; que el 5 de mayo de 2021, le entregaron una comunicación de terminación del contrato por justa causa, sin realizarle un debido proceso, pese a haber solicitado un permiso para resolver temas familiares y a tener una garantía foral; también aceptó lo que tenía que ver con el sindicato UNALTRASLASECOS.

Explicó, que contra la decisión de finalizar su contrato, presentó recurso de reposición en subsidio apelación; que el despido no se hizo efectivo; que actualmente se encuentra trabajando para la compañía CASALIMPIA S.A.; que ante su inasistencia presentó excusa de manera verbal ante el sindicato dentro de la negociación que se llevaba a cabo el 9 de abril de 2021, y la del 14 del mismo mes y años se puso en conocimiento a través de una documental.

Informó, que inicialmente se conformó el sindicato UNALTRASLASECOS y allí pertenecía a la junta directiva; que en representación de esta organización era que se estaba llevando acabó la negociación colectiva en abril de 2021, pero que el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 31 de abril de 2021, ordenó la cancelación del registro sindical de esta, por lo que el 9 de mayo de ese mismo año, se creó la nueva organización ASONALPLIASECOS y allí funge como vicepresidenta. En su defensa propuso como excepciones de mérito, la de inexistencia de la causal alegada por la empresa para despedir e inexistencia del derecho pretendido.

La Organización Sindical Asociación Nacional de Personas Dedicadas a la Limpieza, Aseo, Almacenamiento, Complementario y Similares “ASONALPLIASECOS”, contestó la demanda a través de curador *ad litem* oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó los relativos a la relación laboral, el cargo de la demandada, que pertenece a la organización sindical y es aforada, y la citaron a descargos, pero no fue escuchada; frente a los demás, mencionó que no eran ciertos y aclaró que la demandada solicitó un permiso remunerado en su calidad de representante del sindicato dentro de una negociación con la demandante, por lo que la justa causa invocada carece de sustento pues quien se vio afectado fue la organización sindical y no el empleador; expuso que si la terminación del contrato se funda en la inasistencia de la trabajadora a la negociación colectiva los días 9 y 14 de abril de 2021, existía una prescripción de acuerdo con la sentencia CC C-381 de 2000, que señala el término de dos meses para iniciar la acción de levantamiento de fuero para despedir.

Formuló las excepciones de fondo de falta de cumplimiento de requisitos establecidos en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (la demandada tiene afectación en su salud y además es madre cabeza de familia), prescripción de esta acción, e inexistencia de la justa causa para terminar el contrato de trabajo.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 3 de junio de 2022 (archivo 30-31 exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones incoadas por la sociedad demandante CASA LIMPIA S.A., en contra de la señora ADRIANA YAZMÍN RIVERA ALAPE, conforme a las razones expuesta en precedencia.

SEGUNDO: como consecuencia de lo anterior NEGAR EL PERMISO PARA DESPEDIR a la demandada ADRIANA YAZMÍN RIVERA ALAPE, conforme a las razones expuestas en precedencia.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada ADRIANA YAZMÍN RIVERA ALAPE, de todas las pretensiones incoadas por la sociedad demandante.

(...)

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si existía o no una justa causa para despedir a la trabajadora y, por tanto, si levantaba el fuero sindical y otorgaba el permiso para dar por terminado su contrato de trabajo.

Explicó, que el fuero sindical es una figura que protege a los directivos del sindicato de ser despedidos sin justa causa y sin previa intervención del juez laboral, o ser trasladados de lugar de trabajo o desmejorados en sus condiciones laborales, esto con el fin de que el trabajador sindicalizado pueda desarrollar libremente su actividad sindical sin temor a que su empleador tome represalias en su contra.

Indicó, que el artículo 406 del CST, señalaba textualmente cuales eran los trabajadores que gozaban de fuero sindical, por lo que en el *sub lite* era un hecho indiscutido que la actora pertenecía a la junta directiva del sindicato ASONALPLIASECOS en calidad de vicepresidente y, por ende, si estaba aforada al momento de presentarse esta demanda.

Expuso, que en el expediente obraba prueba del registro sindical de fecha 15 de marzo de 2020, del sindicato de primer grado UNALTRALASECOS, registro que fue cancelado mediante Resolución 1014 del 13 de mayo de 2021, del Ministerio de Trabajo, en cumplimiento de la decisión judicial emitida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de abril del 2021; y acta de fecha 13 de mayo de 2021,

registro sindical COS005 de ASONALPLIASECOS; que dentro de su junta directiva se encontraba la señora Rivera Alape como vicepresidenta de este, de donde devenía su fuero sindical y la protección a no ser despedida sin permiso judicial.

Refirió, que la justa causa alegada por la empleadora consiste básicamente en que la señora Rivera Alape, pese a contar con un permiso remunerado para acudir a las reuniones de la negociación colectiva como representante del sindicato, los días 9 y 14 de abril de 2021, no lo hizo, por lo que Casalimpia S.A., le inició un proceso disciplinario que culminó con la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo invocando el numeral 1° del artículo 58, el numeral 4° del artículo 60, el numeral 6° del literal A del artículo 62 todos del CST, y los numerales 1 y 15 del artículo 63 y numeral 3° del artículo 70 del reglamento interno de trabajo.

Después de hacer una relación de las pruebas documentales aportadas al proceso, del interrogatorio de parte rendido por la trabajadora y de los tres testimonios recepcionados, sostuvo que estaba acreditado que la demandada tenía permiso sindical para los días 9 y 14 de abril de 2021, y que por lo menos la inasistencia a la mesa de negociación el 14 de esa calenda, fue debidamente justificado, tal y como lo había ratificado la testigo María Ailiky García Moreno directora de gestión de la empleadora y quien conoció del recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo, por cuanto la señora Rivera Alape tenía situaciones de carácter personal y familiar verdaderamente apremiantes que debían ser resueltos de manera directa y personal por la trabajadora.

Respecto de las causales referidas, el *a quo* consideró que al estar la trabajadora de permiso los días 9 y 14 de abril de 2021, para desarrollar actividades en favor del sindicato del cual era vicepresidenta, no se encontraba ejerciendo las funciones propias de su cargo para Casalimpia S.A., por ende, no podía invocarse como justa causa el numeral 1° del artículo 58, el numeral 4° del artículo 60, el numeral 6° del literal A del artículo 62 todos del CST, porque estas exigían que el subordinado estuviese dentro de sus labores normales de trabajo y ninguna se refería a faltas o prohibiciones cometidas por el trabajador en permiso sindical.

Advirtió, que en ese asunto la inasistencia a la mesa de negociación o las llegadas tardes solo incumbía al sindicato, y a las sanciones por ellos contempladas en los estatutos o reglamentos de esa organización, **pero de ninguna manera al empleador**, porque este no puede intervenir en la esfera de la actividad sindical, de lo que concluyó que la justa causa endilgada a la trabajadora no estaba demostrada.

Agregó, que al proceso no se había traído el reglamento interno de trabajo por lo que era imposible valorar las causales invocadas de esa normatividad especial; que la testigo Angie Carolina Bejarano García, abogada y coordinadora jurídica de la empresa, tampoco había dado razón de que en ese reglamento se hubiese establecido una falta disciplinaria en caso de que los representantes del sindicato no asistieran a las reuniones de discusión del pliego de condiciones, por ende, no había lugar a estudiar esa causal.

Finalmente, señaló que negaría el permiso para despedir a la señora Rivera Alape pretendido por Casalimpia, porque no se había configurado la justa causa por ellos alegada, por lo que la trabajadora seguiría gozando de su fuero sindical y de su contrato de trabajo.

RECURSO DE APELACIÓN

La **DEMANDANTE CASALIMPIA S.A.**, interpuso recurso de apelación argumentando que estaba por fuera de discusión que la señora Adriana Jazmín Rivera Alape no asistió a las reuniones programadas en el marco de la negociación colectiva para los días 9 y 14 de abril de 2021, y que por lo menos para uno de esos días no justificó su inasistencia.

Consideró, que el *a quo* se equivocó al fundar su decisión en que la señora Adriana Jazmín Rivera Alape no estaba en ejercicio de sus labores como trabajadora para la empresa, porque dejó de lado que la concesión de los permisos sindicales, parten de la existencia de un contrato de trabajo entre esta y Casalimpia. Afirmó que el fin con el cual se solicitó el permiso debe agotarse, so pena de incurrir en un incumplimiento de sus obligaciones.

Refirió, que el permiso se otorgó con el objetivo de que la trabajadora asistiera a la etapa de arreglo directo en el marco del conflicto colectivo suscitado entre UNALTRALASECOS y Casalimpia S.A., que dicho permiso sindical fue permanente y se le pagaron los salarios y demás prestaciones causadas durante ese lapso, porque se tenía como base la existencia de un contrato de trabajo, por lo que no era viable desligar el incumplimiento en las obligaciones de la trabajadora ante la concesión de permisos sindicales, *«pues resulta un contrasentido, porque estamos negociando un conflicto colectivo, las circunstancias y las situaciones que van a regir en adelante los contratos de trabajo de los empleados de Casalimpia que se acojan a esa organización sindical»*.

Esgrimió, que acoger la tesis del *a quo* era permitir que los trabajadores sindicalizados solicitaran permisos sindicales e hicieran cualquier cosa menos cumplir con las funciones sindicales para las cuales fue concedido, quedando por fuera de la órbita del empleador ejercer disciplina al interior de la empresa. Expresó que existen casos de abuso del derecho de asociación sindical por incumplimiento o por hacer actividades distintas a las sindicales cuando se le otorga el citado permiso.

Insistió en que lo exigible a la señora Rivera Alape era que se presentara a las reuniones de negociación, porque para ello se le dio el permiso, obligación que incumplió y que dio origen al proceso disciplinario y a la justa causa invocada.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante CASALIMPIA S.A.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar, si se encuentra demostrada por la parte demandante la justa causa invocada, para ordenar el levantamiento del fuero sindical, con el fin de autorizar la terminación del contrato de trabajo de la accionada.

DE LA RELACIÓN LABORAL

Pese a que al proceso no se allegó el contrato de trabajo celebrado entre CASALIMPIA S.A. como empleadora y la señora ADRIANA YAZMÍN RIVERA ALAPE como trabajadora, no existe discusión en que *i)* entre las partes referidas existe un vínculo contractual de carácter laboral; *ii)* que el cargo para el cual ella fue contratada es el de operaria de aseo y mantenimiento, esto conforme los hechos 1° y 2° del escrito de la demanda y la aceptación de estos en la contestación de la misma; y *iii)* que la demandante para el momento de los hechos que se le endilgaron para terminar su contrato de trabajo, era la vicepresidente de la organización sindical ASONALPLIASECOS y, por ende, gozaba de la calidad de aforada.

EXISTENCIA DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL

La existencia de la organización sindical denominada Asociación Nacional de Personas Dedicadas a la Limpieza, Aseo, Almacenamiento, Complementario y Similares "ASONALPLIASECOS", de primer grado y de gremio, con domicilio en Facatativá y con Acta de constitución número COS 005 del 13 de mayo de 2021, fue acreditada con la certificación emitida por la Coordinadora del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio del Trabajo (f.º 13 archivo 02 exp. digital), ajustándose a las exigencias previstas por el artículo 364 y SS del CST, encontrándose acreditado que era de conocimiento de la demandante la creación de dicha organización, toda vez que desde el escrito de la demanda así lo reconoce, al indicar en tal texto, que es parte sindical del proceso la Asociación Nacional de Personas Dedicadas a la Limpieza, Aseo, Almacenamiento, Complementario y Similares "ASONALPLIASECOS", por lo que se advierte cumplidos los parámetros del artículo 363 del CST.

DEL FUERO SINDICAL

De acuerdo con el artículo 406 del CST los trabajadores que se encuentran amparados por el fuero sindical son:

1. Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses.
2. Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores.
3. Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más.
4. Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más.

Según «*constancia de registro modificación de la junta directiva y/o comité ejecutivo de una organización sindical*» de fecha de registro del 13 de mayo de 2021, de la organización sindical Asociación Nacional de Personas Dedicadas a la Limpieza, Aseo, Almacenamiento, Complementario y Similares "ASONALPLIASECOS" (f.º 18-20 archivo 2 exp digital), este:

1. Fue constituido mediante Acta número COS 005 del 13 de mayo de 2021 registrada ese mismo día.
2. Y que la señora ADRIANA YAZMÍN RIVERA ALAPE demandada en este asunto, a partir de ese día era integrante de la JUNTA DIRECTIVA, en los siguientes términos:

IV. INSCRIPCIÓN DE INTEGRANTES JUNTA DIRECTIVA				
PRINCIPAL				
NOMBRE(S)	APELLIDOS	TIPO DOCUMENTO	NÚMERO DOCUMENTO	CARGO
SOLANILLY PATRICIA	SANCHEZ	Cc= cédula de ciudadanía	1056028817	PRESIDENTE
ADRIANA JAZMIN	RIVERA ALAPE	Cc= cédula de ciudadanía	1026556906	VICEPRESIDENTE

Por ende, la aquí demandada se encuentra amparada por la garantía foral, como quiera que desde el 13 de mayo de 2021 es la vicepresidente de la Junta Directiva organización sindical ASONALPLIASECOS y este nombramiento es de conocimiento de la demandante Casalimpia S.A. según el hecho tercero del escrito de demanda.

DEL PERMISO PARA DESPEDIR

El artículo 38 de la Constitución Política de Colombia establece como derecho fundamental la libertad de asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad. Específicamente, los trabajadores y empleadores tienen, el derecho fundamental «*a constituer sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado*» de con acuerdo artículo 39 de la misma carta magna.

Los convenios 87 y 93 de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por Colombia, el primero sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación donde, entre otras cosas, cada estado miembro se obligó a adoptar «*todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación*», y el segundo sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, el cual establece básicamente que los trabajadores y las organizaciones de trabajadores y empleadores deben gozar de una adecuada protección contra todo acto: *i)* de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo; y *ii)* de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.

Así, en nuestra legislación laboral, entre otros mecanismos de protección en favor de los trabajadores, y los integrantes de una organización sindical, encontramos el fuero sindical, el cual está definido en el artículo 405 del CST, como una garantía de la «*que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo*».

Entonces, en caso de que un empleador despida o pretenda despedir, desmejore o traslade a un trabajador que goza de la garantía foral, puede verse inmerso en cualquiera de las siguientes consecuencias jurídicas, a saber:

1. El reintegro como restitución de una desvinculación laboral sin calificación previa de la justa causa por el Juez del Trabajo, rompimiento del vínculo jurídico.
2. La reubicación o reinstalación como restablecimiento del traslado del trabajador sin previa autorización a las anteriores condiciones de trabajo; ello es, sin rompimiento del vínculo jurídico.
3. Permiso ante el juez laboral por parte del empleador para poder despedir o trasladar, que incluye el denominado proceso ordinario de levantamiento de fuero sindical.

El presente asunto, se ubica en el escenario tercero, ya que, el empleador pretende que se levante el fuero sindical y se otorgue la autorización para despedir a la trabajadora Adriana Yazmín Rivera Alape. En ese sentido el legislador también se ocupó de regular en el artículo 410 del CST las justas causas que puede invocar el empleador a fin de que el juez otorgue el mencionado permiso, tales como: «a) *La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del {empleador} durante más de ciento veinte (120) días, y b) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato*».

DE LA JUSTA CAUSA

En el *sub lite*, la parte demandante invocó la segunda de ellas, puntualmente el numeral 6° del literal A del artículo 62 del CST, es decir, «Cualquier **violación grave** de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier **falta grave** calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos», para lo cual sostuvo que la trabajadora había incumplido el numeral 1° del artículo 58, el numeral 4° del artículo 60 del CST, así como los numerales 1 y 15 del artículo 63 y numeral 3° del artículo 70 del reglamento interno de trabajo.

Sobre el particular, advierte la Sala que la conducta fáctica endilgada a la trabajadora como justa causa para terminar su contrato de trabajo, es que había sido escogida por la organización sindical UNALTRALASECOS como parte de la comisión negociadora del sindicato; que en virtud de ello, la empleadora le otorgó

permiso sindical remunerado durante el periodo de negociación, pero que ella de «*forma gravemente irresponsable e indisciplinada no asistió a las reuniones debidamente programadas dentro del proceso de negociación colectiva de trabajo, los días 9 y 14 de abril de 2021*», no presentó soportes que justificaran su ausencia, poniendo en riesgo el normal desarrollo del proceso de negociación en mención.

Ahora, esta colegiatura empieza por referir tal como lo expuso el *a quo* que, el reglamento interno de trabajo pese a ser enunciado como prueba, no se aportó al plenario, es decir, que brilla por su ausencia esta documental, resultando imposible verificar el contenido de los numerales 1 y 15 del artículo 63, y el numeral 3° del artículo 70 de esa normatividad y, por ende, determinar si la trabajadora estaba inmersa en cualquier falta grave calificada como tal; quedando únicamente la obligación de verificar el incumplimiento al numeral 1° del artículo 58, y al numeral 4° del artículo 60 del CST, normas que se citan literalmente a continuación:

ARTICULO 58. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL TRABAJADOR. *Son obligaciones especiales del trabajador:*

1a. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.

(...)

ARTICULO 60. PROHIBICIONES A LOS TRABAJADORES. *Se prohíbe a los trabajadores:*

(...)

Faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del {empleador}, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar del trabajo.

(...)

Dado que la trabajadora cuando incurrió en el presunto incumplimiento se encontraba en permiso sindical, resulta oportuno citar la sentencia CSJ SL4827-2020, en donde se indicó:

La jurisprudencia de la Sala ha sostenido de antaño, que los permisos sindicales constituyen una eficaz herramienta para el ejercicio de la actividad sindical, que surge del contenido del art. 39 de la Constitución Política, en armonía con los Convenios 87, 98 y 151 de la OIT, aprobados por las Leyes 16 y 27 de 1976 y 411 de 1997.

En el anterior contexto, es deber del empleador procurarlos, pero obviamente, dentro de ciertos y precisos límites que no afecten el trabajo o el servicio a cumplir por los trabajadores, como elemento esencial y razón de ser del contrato de trabajo, sin estar excluidos de este deber los afiliados a la organización sindical y sus directivos, quienes también fueron contratados para cumplir el objeto social de la

empresa, por lo que cualquier disposición arbitral concediendo esta clase de permisos que desnaturalice dicha relación laboral, sería inexecutable.

Es decir, que los permisos sindicales remunerados son concedidos con el fin de atender las responsabilidades inherentes a la ejecución del derecho de asociación y libertad sindical, siendo la organización sindical quien debe racionalizar ese tiempo o permiso con el fin de ejecutar de la mejor manera sus reuniones y actividades y, por ende, el empleador cuando lo concede, ya previó que su actividad económica no se verá afectada por el lapso del mismo; además, que pese a que el aforado es su trabajador, este durante el permiso no está ejecutando las funciones propias del cargo y para las cuales fue contratado, razón por la cual, durante ese periodo temporal no tiene poder disciplinario sobre él, porque este radica en cabeza del sindicato para el cual está ejecutando actividades, y es esa organización quien puede sancionarlo de acuerdo con lo estipulado en sus propios estatutos.

Lo anterior es así, porque la organización sindical es autónoma en sus decisiones y en la administración de los permisos sindicales, pues recuérdese que por medio de este se concreta el mandato constitucional de conceder a las asociaciones sindicales las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión, y el empleador no puede de ninguna manera ejercer presión sobre esta, buscando imponer sanciones y ejercer su poder subordinante sobre sindicalizados en uso de esos permisos, porque ello quebrantaría gravemente el derecho fundamental de asociación sindical y de negociación colectiva.

En este punto, se le recuerda a la empleadora que tiene prohibido conforme el numeral 4 del artículo 59 del CST *«Limitar o presionar en cualquier forma a los trabajadores en el ejercicio de su derecho de asociación»*.

Así las cosas, si Casalimpia S.A., en calidad de empleador concedió un permiso sindical remunerado a la trabajadora Rivera Alape para atender asuntos de la organización sindical UNALTRASLASECOS, y esta no se presentó a las reuniones programadas dentro de la negociación colectiva para los días 9 y 14 de abril de 2021, era ante la organización sindical que ella debía solicitar permiso para ausentarse o en su defecto justificar su inasistencia, pues en las datas reprochadas se encontraba en permiso sindical y ejerciendo labores propias del sindicato.

Sumado a ello la testigo Jannette Vivas De Ramírez quien refirió haber sido miembro de la junta directiva del sindicato UNALTRASLASECOS y parte de la comisión negociadora del mismo ante Casalimpia S.A., indicó que la señora Rivera

Alape sí le informó a ese sindicato que los días 9 y 14 de abril de 2021, no podía asistir a las reuniones de negociación colectiva porque tenía asuntos urgentes que atender de sus dos hijas menores de edad que estaban siendo víctimas de maltrato intrafamiliar, y ellos como comisión hablaron «*con otros directivos, la excusamos y no le vimos problema y la excusamos*»; que como madres consideraron que primero estaban los hijos.

Entonces, la demandada sí puso en conocimiento de la organización sindical sobre su inasistencia en esos dos días que estaban programados para llevar a cabo la negociación con la empresa, y este le otorgó el permiso de forma verbal para que atendiera su situación familiar, luego no existe la justa causa alegada por el empleador y, por ende, no hay lugar a acceder a las pretensiones de Casalimpia S.A., tal como lo determinó el juez de primera instancia.

Ahora bien, aun si en gracia de discusión se aceptara que Casalimpia S.A., sí podía ejercer su poder disciplinario sobre la trabajadora durante el permiso sindical, los hechos que se le imputan no constituyen una violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, pues como se dijo en líneas precedentes, no se arribo al informativo el Reglamento Interno de Trabajo de la empresa demandante, que permitiera constatar que la conducta de la trabajadora encajaba en causales calificadas como tales en dicho documento, conforme a los numerales 1 y 15 del artículo 63, y el numeral 3° del artículo 70 del RIT.

Y Respecto de las causales endilgadas por el incumplimiento al numeral 1° del artículo 58, y al numeral 4° del artículo 60 del CST, arriba transcritos, debe recordarse que la empleadora le había otorgado permiso sindical a la señora Rivera para esas fechas, luego mal podría señalar como justa causa para la terminación del contrato de trabajo, el que haya faltado al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso mucho menos el no realizar personalmente sus labores.

Además de lo anterior, se tiene que la **inasistencia del día 9 de abril de 2021** se dio según la versión de la trabajadora porque tiene dos hijas que vivían en ese momento con su padre y su compañera permanente quienes las maltrataban fuertemente, y ese día a las 5:00 am su hija mayor la llamó y le dijo que ya tenía las fotos y videos de las agresiones de las que eran víctimas las cuales «*si yo les muestro les partiría el corazón*» de ver a una niña con golpes y cortada, que le dijo que no podía ir porque tenía unas reuniones muy importantes en la empresa, pero que su hija le manifestó que si no iba se quitaba la vida, situación a la que le dio

prioridad porque era su madre, y porque su hija era más importante, y por ello ese día se fue a buscar a sus hijas y gracias a esas pruebas en audiencia celebrada el 14 de abril de ese mismo año, se le entregó la custodia de ellas y se impuso medida de protección en favor de las dos menores.

En cuanto a la **inasistencia a la reunión del 14 de abril de 2021**, tiene como justificación que en esa data la enjuiciada se presentó a la Comisaría 19 de Familia de Ciudad Bolívar 2, por el proceso de medida de protección 406 de 2021, en favor de sus hijas menores de edad y en contra del padre de las mismas y su compañera permanente, audiencia que se llevó a cabo en un horario de 8:00 am a 4:00 pm, información que fue certificada por dicha Comisaría y tiene sello de recibido por Casalimpia el 26 de abril de 2021, al igual que el acta de las audiencias realizadas dentro de ese proceso (f.º 27-40 archivo 15 exp. Digital). Además, la testigo María Ailiky García, quien es la Directora de Gestión Humana de Casalimpia, informó que el proceso disciplinario solo se adelantó por la inasistencia del 9 de abril de 2021, porque la otra se justificó.

De otra parte, la demandada también refiere que se encontraba pasando por un momento muy difícil porque su pareja había fallecido en mayo de 2020, previo a padecer un cáncer que ella debió cuidar y soportar emocional y económicamente, además de que se encuentra afectada en su estado de salud por un «*tumor pared abdominal*».

De todo lo anterior se anexó pruebas al expediente, pues se allegó las actas de las audiencias realizadas dentro del proceso de protección por violencia intrafamiliar de sus dos hijas menores las cuales se realizaron entre el 15 de marzo y el 14 de abril de 2021, y en este se aportó un CD con audios del presunto maltrato y unas fotografías impresas que ilustraban la agresión (f.º 27-40 archivo 15 exp. Digital), historia clínica de las dos menores de edad donde se evidencia el estado de salud y mental en que la señora Rivera Alape recibió a sus hijas (f.º 49-62 archivo 15 exp. Digital), historia clínica de la demandada donde se diagnosticó tumor pared abdominal (f.º 44-48 archivo 15 exp. Digital), registro civil de defunción de su pareja y reclamación de pensión de sobrevivientes ante la AFP Protección (f.º 42-43 y 64 archivo 15 exp. Digital).

Estos elementos de juicio, evidencian que en efecto la señora Rivera Alape para el mes de marzo y abril de 2021, se encontraba viviendo situaciones complejas, graves e impactantes en su ámbito personal y familiar, las cuales no pueden ser desconocidas por esta colegiatura y mucho menos por su empleador, quien debe

entender que sus trabajadores son seres humanos integrales y no máquinas, que viven realidades difíciles y que en determinadas circunstancias como las presentes afectan el ámbito laboral, y es su deber velar por la integridad de esa persona y hacer lo que esté dentro de sus posibilidades para ayudarla a superar esos impases e incluso hacerle acompañamiento, permitiéndole hacer uso de los mecanismos que la ley le otorga, tales como permisos no remunerados o remunerados, o conceder vacaciones, como en este caso lo solicitó la trabajadora para atender esos asuntos que por demás eran urgentes.

Ahora, si bien a la trabajadora se le citó a descargos para el día 28 de abril de 2021, a las 11:00 A.M. (f.º 1-2 archivo 2 exp. Digital), dicha diligencia fue reprogramada para el 4 de mayo de ese mismo año a las 8:00 A.M. (f.º 5-6 archivo 2 exp. Digital), con ocasión de una incapacidad medida dada por la EPS para los días 28 y 29 de abril de 2021, y a la solicitud presentada por el Sindicato vía correo electrónico donde además le recordó a la empleadora que la demandada tiene cáncer (f.º 26 archivo 15 exp. Digital), situación que se puso en conocimiento desde el 1º de septiembre de 2020 (f.º 28 archivo 15 exp. Digital).

En la referida fecha, 4 de mayo de 2021, se llevó a cabo un «*Paro Nacional*» tal como lo mencionó la señora Rivera Alape, lo cual fue de conocimiento público y, debido a ello, así como a los bloqueos en las vías de Bogotá, la trabajadora no pudo llegar a las 8:00 AM, pero informó que llegó a las 9:30 AM; que Casalimpia S.A. le indicó que esperara, procediendo luego la empleadora a entregarle un «*acta de no comparecencia diligencia de descargos*», la cual está firmada por la Coordinadora Jurídica y la Jefe Jurídica Nacional de Casalimpia, siendo suscrita por la señora Rivera Alape en ese día a las 12:23 M (f.º 9 archivo 2 exp. Digital), y posteriormente el 5 de mayo de 2021, se emitió carta de terminación del contrato de trabajo con justa causa (f.º 10 archivo 2 exp. Digital).

De lo anterior, se evidencia que Casalimpia S.A., no adelantó un proceso disciplinario como lo pretende hacer ver en su escrito de demanda, ni siquiera le garantizó a la trabajadora su derecho a ser oída, pues era de público conocimiento que el 4 de mayo de 2021, hubo paro nacional y que dichas marchas bloquean el servicio de transporte; sin embargo, pese a dichas dificultades, la trabajadora aunque tarde, llegó a dicha diligencia. La empleadora, a pesar de tener conocimiento de que la trabajadora se encontraba presente en la empresa para atender la diligencia de descargos, en vez de escucharla o reprogramarle la diligencia, de forma arbitraria le hizo entrega de un acta de no comparecencia, la cual tiene fecha de recibido de ese mismo día a las 12:23 M, lo que corrobora que

la señora Rivera Alape sí se presentó, y fue la empleadora quien no quiso realizar los descargos, evidenciándose su afán por terminar su contrato de trabajo.

Bajo el anterior contexto, se tiene que no se encuentran acreditados los presupuestos legales para que la empresa Casalimpia diera por terminado el contrato individual de trabajo a la señora Adriana Rivera por justa causa y, en consecuencia, tampoco hay lugar a autorizar el levantamiento del fuero sindical.

Así las cosas y sin más consideraciones, se confirmará la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

Las de esta instancia a cargo de la demandante Casalimpia S.A., como quiera que el recurso de apelación no prosperó y en virtud del numeral 1 del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante

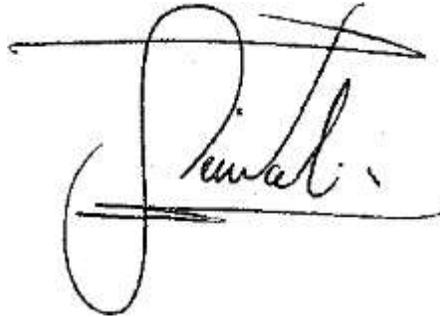
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



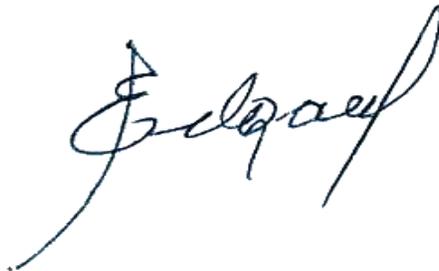
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante, la suma de \$1.000.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente