



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 30 2018 00625 01.
DEMANDANTE: FLOR ALEJANDRA TORRES LÓPEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de octubre de 2021

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocerle pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento de su hijo Cesar Stiven González Torres, junto con los intereses moratorios, la indexación correspondiente y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que de la unión con el señor Cesar González Díaz fue fruto, Cesar Stiven González Torres quien nació el 2 de marzo de 1994, prestó servicios a Ingenierías y Técnicos S.A.S. que lo afilió a seguridad social en el periodo comprendido entre el 24 de abril de 2015 y el 14 de agosto de la misma anualidad. Luego, el 11 de abril de 2016, se vinculó a Aguas de Bogotá ESP, esta que cotizó a la AFP. Informó que su hijo falleció. Indicó que la demandada certificó que cotizó un total de 115 semanas así: 62 semanas en el RAIS y 52.29 *correspondientes al bono pensional*.

Adujo que para la fecha del deceso su hijo contaba 22 años, no había procreado hijos, era soltero y vivía con ella. Refirió que dependía de aquel, pues hacía más de 3 años se había separado de su esposo, por tanto, el 19 de diciembre de 2017, solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, empero Porvenir el 1 de febrero de 2018, negó la prestación y dejó a disposición la devolución de saldos, bajo el argumento que no dependía económicamente de su hijo, pues este no la tenía afiliada en el sistema de seguridad social.

Inconforme solicitó a la AFP reconsiderar la decisión y le informó que estaba vinculada al régimen subsidiado desde que convivía con su ex pareja Cesar González, pero la administradora reiteró la negativa bajo el mismo argumento.

Expuso que cuenta con 48 años de edad, no se encuentra afiliada al régimen contributivo, sino al régimen subsidiado, carece de apoyo para satisfacer sus necesidades básicas desde el fallecimiento de su hijo, pues no cuenta con una profesión u oficio que le permita emplearse de forma permanente para ganar su propio sustento, por tanto se encuentra desprotegida y en estado de extrema pobreza (fls 3 a 12)

Al contestar Porvenir Pensiones y Cesantías S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la reclamación de pensión y la respuesta negativa. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Propuso la excepción previa de falta de integración del *litis* consorcio necesario por activa y las de mérito que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, cobro de lo no debido e incumplimiento de los requisitos legales para acceder a la prestación económica, buena fe, compensación, prescripción, y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses argumentó que la demandante no acredita el requisito de dependencia económica previsto en la norma aplicable, en consecuencia no es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes reclamada (fls. 73 a 86).

Por auto del 3 de junio de 2021, se dispuso vinculara la litis a Cesar Díaz Guzmán en calidad de interviniente excluyente, quien al contestar indicó que los hechos de la demanda son ciertos, excepto las declaraciones juramentadas suscritas por terceros y la condición de vulnerabilidad de la actora respecto de los cuales señaló que no le constaban. Manifestó ser cierto que la accionante dependía de su hijo y puso de presente que no persigue el reconocimiento de la pensión, por cuanto no dependía económicamente de aquel (expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de septiembre de 2020, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la señora Flor Alejandra Torres López le asiste el derecho a que la demandada Porvenir S.A. le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes de su hijo el causante señor Cesar Stiven la cual debe ser ajustada de conformidad con la ley

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A. a reconocer y pagar pensión de sobrevivientes a la demandante Flor Alejandra Torres López a partir del 7 de diciembre del 2016, en cuantía inicial de un salario mínimo legal mensual vigente y por 13 mesadas al año, suma que deberá ser reajustada conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

TERCERO: CONDENAR a Porvenir S.A. a pagar a la demandante Flor Alejandra Torres López la suma de \$51.318.185 por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 7 de diciembre de 2016 al 30 de septiembre de 2021, cifra de la cual se deberá descontar lo correspondiente a los aportes al sistema de seguridad social en salud. El retroactivo pensional adeudado deberá ser indexado a la fecha de su pago efectivo.

CUARTO: CONDENAR a Porvenir S.A. a pagar a la demandante Flor Alejandra Torres López los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales adeudadas a partir del 23 de diciembre de 2017 a la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento que se efectúe el pago.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por Porvenir S.A.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada Porvenir como se dijo en la parte motiva de esta providencia.

Como sustento de su decisión, señaló que la accionante logró demostrar la dependencia económica que amerita el reconocimiento de la prestación reclamada, enfatizó que no se hace necesario determinar el monto del aporte económico, tampoco la dependencia total y absoluta.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandada argumentó que conforme al análisis adelantado por la administradora encontró que la demandante no acreditaba los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, dado que si bien el causante dejó causado el derecho pues cotizó más de 50 semanas en los tres años anteriores a su deceso, lo cierto es que la actora no demostró que los aportes o ayudas de su hijo *constituían en el 100% una dependencia económica*. Alegó que la demandante no figuraba en salud como beneficiaria del afiliado fallecido y si lo era de su esposo el señor Cesar González Díaz, con quien en la actualidad mantiene el vínculo matrimonial y la sociedad conyugal vigente, luego, era este el llamado a cumplir con su deber legal de brindar alimentos apoyo y socorro. Exaltó que el traslado al régimen subsidiado se concretó con posterioridad al deceso del causante.

Alegó que el Juzgado desconoció los fallos de tutela en los que se consideró que la hoy demandante no acreditó su afectación al mínimo vital, pues cuenta con apoyo económico de sus familiares, porque conforme al testimonio de Juan Carlos Torres López, sus padres le brindaron vivienda y alimentos y apoyaban a la actora y a sus hijos económicamente. Expuso que el causante apenas proporcionaba a su madre una *mera colaboración o ayuda que no implicaba una subordinación material o relevante sobre el aporte que le podría brindar el causante*.

De otro lado, sostuvo que no hay lugar a ordenar el pago de intereses moratorios, por cuanto la negativa se dio en aplicación de la ley.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Conforme a los argumentos expuestos en la apelación, corresponde a la Sala determinar si la promotora del juicio tiene derecho al

reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento de su hijo Cesar Stiven González Torres.

Para resolver tal cuestionamiento, desde ya se indica que está demostrado y no es materia de controversia en esta instancia que: **i)** Cesar Stiven González Torres era hijo de Flor Alejandra Torres López y Cesar González Díaz **ii)** falleció el 7 de diciembre de 2016, conforme se verifica con los registros civiles (fls. 23 y 24); **iii)** la solicitud de pensión de sobrevivientes presentada por la accionante fue negada (fl. 32) y **iiii)** el afiliado dejó cotizadas más de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su deceso (fls. 27 a 30).

1. Pensión de sobrevivientes

La norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la vigente para la fecha en que se produce la muerte del afiliado. Así lo adoctrinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterados pronunciamientos, entre otras, en SL10146-2017 reiterada en SL450-2018, en la que puntualizó que:

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

En el presente caso, Cesar Stiven González Torres falleció el 7 de diciembre de 2016(fl.24), por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, la cual en su artículo 73, dispone para el régimen de ahorro individual que:

ARTÍCULO 73. REQUISITOS Y MONTO. Los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el régimen de capitalización individual con solidaridad así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos [46](#) y [48](#), de la presente Ley.

Es decir, que tendrán derecho a la referida prestación económica, los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento. Entendiéndose como beneficiarios conforme el artículo 13, literal D, de la Ley 797 de 2003, a falta de cónyuge o compañera permanente, e hijos con derecho, *“los padres del causante si dependían económicamente”* del afiliado.

Aquí es oportuno señalar que el texto de la norma en cita, exigía la dependencia económica *“de forma total y absoluta”*, no obstante, este aparte fue declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional, mediante sentencia C-111 de 2006, al argumentarse que corresponde a *“los jueces de la República quienes en cada caso concreto determinen si los padres son o no autosuficientes económicamente, para lo cual se deberá demostrar la subordinación material que da fundamento a la pensión de sobrevivientes prevista en la norma legal demandada.”*

Sobre el punto, también la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que esta dependencia no tiene que ser total y absoluta, es decir, que si bien debe existir una relación de sujeción de aquellos con respecto a la ayuda del hijo, tal situación no excluye que puedan percibir rentas o ingresos adicionales, siempre y cuando, estos no los convierta en autosuficientes desde el punto de vista económico, que es lo que debe analizarse a la hora de determinar la existencia de la dependencia económica (CSJ SL6390-2016, SL11155-2017, SL1804-2018, SL3085-2021 y SL3173-2021).

En el presente asunto, para demostrar la calidad de beneficiaria la actora allegó registro civil de nacimiento que da cuenta que Cesar Stiven González Torres es hijo de Flor Alejandra Torres López y Cesar González Díaz (fl. 23). Aportó impresión consulta Sistema de Información de la Protección Social SISPRO de la que se extrae que la demandante está vinculada al régimen subsidiado en salud y en pensiones a Colfondos, esta última inactiva (fl. 38). Declaraciones extra proceso suscritas por Juan Carlos Torres López, Blanca Nubia González de Montenegro y Jara Mildred Fajardo López en las que manifestaron que conocieron al causante por lo

que saben que era soltero, no constituyó unión marital, ni tuvo hijos y su señora madre y su hermano en todo de él, las dos últimas afirmaron que el causante hacía mercado en sus tiendas y sacaba fiado y se comprometía a realizar el pago (fls. 40 a 42).

Aportó igualmente, declaración extra proceso suscrita por el señor Cesar González Díaz, padre del causante quien señaló que desde hace tres años se separó de hecho de la actora y desde esa época no ha podido aportar económicamente para su sustento porque no ha contado con un trabajo estable sin embargo expresó que siempre que ha trabajado la ha tenido afiliada como beneficiaria en salud (fl. 43).

A solicitud de la parte demandante fueron escuchados los testimonios de Blanca Nubia González de Montenegro y Juan Carlos Torres López. La primera manifestó que es vecina y amiga de la demandante desde hace más de 30 años y lo fue del causante. Dijo que ellos visitaban su negocio. Dijo que el causante aproximadamente desde el 2015, iba a su negocio a comprar víveres cada 15 días y sacaba fiado lo del día iba él o la mamá y esto también lo pagaban quincenalmente. Dijo que para el momento en que se produjo el deceso del causante la actora convivía con sus padres, esta convivencia inició después de la separación con el esposo, Refirió que aunque la actora trabajó por días en casa de familia, luego se dedicó al cuidado de su señora madre quien ya falleció y luego al cuidado de su padre.

El testigo Juan Carlos Torres López, hermano de la accionante manifestó que ella se separó de su esposo en el 2013, porque él tenía problemas de alcoholismo y consumo de estupefacientes, que la actora se dedicaba a cuidado y aseo de casas por días al lavando o planchado ropas, vivía en una pieza, que le ayudaba a pagar su sobrino de su salario, le daba para los transportes, las citas médicas \$10.000 o \$15.000 y los gastos diarios, pagaba el mercado que sacaban fiado en las tiendas, esto le consta por la buena relación y comunicación que sostenían pues viven cerca, además porque presencié en las tiendas como ellos pedían y pagaban. Aseguró que cuando se produjo el deceso del causante, la promotora del juicio no tuvo como pagar la habitación y debió acudir a los

padres porque no tenía quien la apoyara económicamente, se fue a vivir a la casa de estos y se dedicó a su cuidado, *«ella ahora depende es de mi padre por el estado de salud, entonces ella lo cuida y en eso se libra del arriendo y los gastos diarios»*. Dijo que el esposo de su hermana cada vez que se vinculaba laboralmente la afiliaba en salud

Por su parte, la demandada anexó decisión mediante el cual el Juzgado Cuarenta Civil de Oralidad de Bogotá el 10 de agosto de 2018, declaró improcedente la acción de tutela a través de la cual la hoy demandante solicitó el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad y seguridad social.

Ahora bien, del análisis en conjunto de los medios probatorios allegados, se concluye que la demandante vivían con su hijo para el 7 de diciembre de 2016, cuando se produjo su deceso (fl.23), igualmente, el descendiente contribuía de manera importante con el sostenimiento del hogar compuesto por él, su señora madre y su hermano menor, pues era quien se encargaba de cubrir gastos como parte del arriendo y alimentación de conformidad con lo declarado ante notario por la señora Blanca Nubia González de Montenegro propietaria del local comercial donde la demandante y su hijo compraban los víveres y mercado.

Es oportuno advertir que el ordenamiento jurídico no contempla como requisito de procedencia de la pensión de sobrevivencia la prueba de un monto exacto con que el afiliado contribuya a los gastos del hogar. En el presente caso, basta el relato de los testimonios practicados para colegir la ayuda del descendiente a los progenitores mediante el pago de arriendo y el mercado, lo que comporta una inversión importante y resultan determinantes o necesarios para la subsistencia de aquellos.

Del mismo modo, debe tenerse en cuenta que la referencia de \$10.000 o \$15.000 referida por el testigo Juan Torres López, es un simple estimado, una aproximación del aporte, cuya cuantificación se calcula a *priori*, sin que ello represente en estricto sentido, una afirmación pormenorizada o rigurosa de las cargas reales que imponen el sostenimiento de un hogar.

Importa destacar también, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la información que se obtiene como resultado de las investigaciones adelantadas por las administradoras de pensiones *“vincula a la entidad enjuiciada para reconocer o negar la prestación deprecada, pero no sucede lo mismo frente a los jueces en el interior de un proceso laboral, en tanto estos, de conformidad con el artículo 60 del CPTSS, deben decidir los asuntos puestos a su consideración con fundamento en todas las pruebas allegadas en tiempo, estando facultados para darle preferencia a cualquiera de ellas sin sujeción a tarifa legal alguna, salvo cuando la ley determina que prueba solemne para casos determinados.”* (CSJ SL 2022-2021).

Con todo, estima la Sala que, como quiera que el causante para el 7 de diciembre de 2016, cuando su hijo falleció, la demandante apenas percibía ingresos por servicios prestados informalmente en el aseo de casa o lavado y planchado de ropas, no es descabellado entender que su hijo mayor de edad, vinculado laboralmente, con quien convivía, le ayudara de manera importante al sostenimiento del hogar. Así las cosas, de conformidad con el dicho de los testigos y las declaraciones extra proceso el aporte del causante estaba lejos de ser una simple ayuda esporádica, por lo que los argumentos de apelación no están llamados a prosperar.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala confirma la sentencia apelada.

Intereses moratorios

De otra parte, de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de enero de 1994, del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

De acuerdo con lo anterior, se causan intereses moratorios a cargo de la entidad obligada al pago de la pensión cuando ésta se ha tardado en el pago de la mesada, o cuando hay una solución tardía en el reconocimiento de la pensión, para lo cual debe tenerse en cuenta, para este tipo de pensiones, el período de gracia de dos (2) meses que concede el artículo 1 de la Ley 717 de 2001 contados a partir de la radicación de la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

Considera la Sala que es procedente el reconocimiento y pago de intereses deprecados, pues una vez solicitada la pensión de sobrevivientes la entidad se negó a reconocerla pese a que la demandante acreditó la dependencia económica respecto de su hijo fallecido. En consecuencia, no existe una razón atendible para que la AFP se negara al pago de la prestación.

Ahora, no puede pasar por alto la Colegiatura que la reclamación de pensión fue presentada el según se indicó en el hecho 9 de la demanda y se corrobora con el sello visible en el formulario de petición del folio 31, que además también fue aportado por la demanda. En consecuencia los intereses moratorio solamente se causan a partir del 19 de febrero de 2018, por tanto resulta procedente modificar la sentencia de primera instancia en este punto y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de octubre de 2021, únicamente, en el sentido de indicar que los intereses moratorios se causan a partir del 19 de febrero de 2018.

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

TERCERO: No se causan costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 030 2021 00321 01
DEMANDANTE: MIREYA ROJAS GONZÁLEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES
Y CESANTIAS.

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la demandante y la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de septiembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «*anulación del formato de afiliación*» de régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A., así como el traslado horizontal a Colfondos y tenerla como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a trasladar los aportes cotizados en el RAIS a Colpensiones. A esta última a aceptar los recursos, registrarla como afiliada sin solución de continuidad y reconocerle pensión de vejez e intereses moratorios. Se disponga a las demandadas pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 12 de noviembre de 1962, cumplió los 57 años el 12 de noviembre de 2019 y cuenta con

1385 semanas cotizadas. Se afilió al ISS el 28 de febrero de 1990. En diciembre de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección, cambió horizontalmente a la AFP Colfondos en diciembre de 2008. Adujo que los asesores de los fondos privados no le brindaron información suficiente sobre las características de cada régimen, no lo asesoraron ni le brindaron buen consejo, no realizaron proyecciones de la pensión de vejez. Finalmente, que reclamo el retorno a prima media pero las demandadas negaron la petición (expediente digital, archivo 01 fls. 2 a 13).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento, las semanas cotizadas, la afiliación al RAIS y el traslado horizontal. Manifestó que los demás hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que la demandante ejerció su derecho a libre escogencia de régimen pensional y ratificó su voluntad con los más de 27 años en que realizó cotizaciones. Sostuvo que la información brindada estuvo acorde con las leyes vigentes para el momento (expediente digital, documento 07, fls. 3 a 31).

La AFP Protección S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Admitió la fecha de natalicio de la accionante, su edad, la afiliación a esa AFP y el traslado a Colfondos y la petición de retorno a prima media. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos demás hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: *“inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa”, “inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe”,* aplicación

del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de aportes y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, toda vez que la actora suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación y tuvo la posibilidad de ejercer el derecho de retracto, pero no lo hizo (expediente digital, documento 9 fls. 3 a 24).

La AFP Colfondos, se opuso al éxito de las aspiraciones. Admitió la fecha de nacimiento como la edad de la accionante y la afición a Colfondos. Manifestó que no son ciertos o no le los demás hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que la afiliación de la accionante fue libre y espontánea y esta no especifica claramente en qué consistió la acción fraudulenta de la AFP (expediente digital, documento 9 fls. 3 a 24).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 1 de septiembre de 2022 (expediente digital, documento 17), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficacia el traslado de régimen pensional que realizara la demandante señora Mireya Rojas González, identificada con cédula de ciudadanía N°51.842.907, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a partir del 1 de diciembre de 1994, conforme a lo expuesto, así como su traslado realizado de Protección S.A. a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a partir del año 2008 hasta la fecha.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante señora Mireya Rojas González al régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, sin solución de continuidad conforme a lo manifestado en las consideraciones.

TERCERO: Se CONDENA a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a devolver todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicha administradora esto es desde el 1 de diciembre

del 2008 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

CUARTO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., devolver a Colpensiones los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicho régimen esto es, a partir del 1 de diciembre de 1994 al 30 de noviembre del 2008, dichas sumas deberán ser cubiertas con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

QUINTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir los valores que le sean retornados provenientes de la cuenta de ahorro individual que posee la demandante en estas administradoras para que una vez ingresen los mismos actualice la información en la historia laboral de la demandante con el fin de garantizar el derecho pensional que le asiste a esta bajo las normas que regulan el régimen de prima media con prestación definida.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepción de prescripción planteadas por las demandadas, conforma a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., por secretaria líquidense e inclúyase como agencias en derecho la cantidad de tres millones de pesos (3'000.000) para cada entidad y a favor de la actora.

OCTAVO: Sin costas ni a favor ni en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

NOVENO: CONCÉDASE el grado jurisdiccional de consulta en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones en caso de no ser impugnada esta decisión.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber explicado a la demandante las implicaciones del traslado, tampoco las características de cada régimen sus ventajas y desventajas por tanto ante la falta de información procede declarar la ineficacia deprecada. De otro lado sostuvo que el reconocimiento de la pensión no fue objeto de la fijación del litigio y en todo caso su otorgamiento puede ser solicitado por la actora una vez ingresen los recursos provenientes de la AFP y se reporte la novedad del retiro del sistema.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes la demandante y demandada Colpensiones apelaron lo resuelto.

La demandante solicita condenar en costas a Colpensiones y requiere se adelante el estudio de pensión de vejez ya que cuenta con 59

años de edad y acredita más de 1300, siendo su última cotización corresponde a julio de 2020. Puso de presente que nació el 12 de noviembre de 1962.

Por su parte Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que no se demostró la configuración de vicio del consentimiento alguno. Dijo que el error de derecho que no tiene fuerza legal para generar la eficacia del acto jurídico celebrado entre la demandante y los fondos de pensiones. Argumentó que la demandante inobservó sus obligaciones como consumidor financiero. Expuso que Colpensiones carece de legitimación en la causa para reconocer la pensión de vejez en atención a que la demandante está válidamente afiliada al RAIS y su actual AFP es la responsable. Señaló que en el evento de confirmarse la decisión las AFP deben ser condenadas a pagar los perjuicios económicos, pues de lo contrario se verá afectado el patrimonio público ya que habrá de pagarse una pensión los recursos de la cuenta de ahorro individual no serán suficientes para financiarla.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para

quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

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

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

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

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

cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, la actora se afilió Instituto de Seguros Sociales el 28 de febrero de 1990

(expediente digital, documento 01, fls. 14 a 16), migró al RAIS, a través de la administradora AFP Davivir hoy Protección S.A. el 29 de noviembre de 1994, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 9, fl. 41), en el que se puede leer:

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

Posteriormente, se trasladó horizontalmente a Colfondos S.A. el mes de diciembre de 2008, conforme escrito de demanda (expediente digital, archivo 01 fl. 3).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante indicó que para la época del traslado adelantaba proceso de vinculación en un colegio, la persona encargada de Recursos Humanos le dijo que Colpensiones atravesaba por una grave situación, por ello, lo mejor era que todos los trabajadores se afiliaran a un fondo privado. Aseguró que esta persona fue quien diligencio el formulario de Protección, el cual ella procedió a firmar voluntariamente y libre de presiones. Señaló que luego, cuando se vinculó a otro colegio, se surtió el traslado a Colfondos, pero tampoco en esta oportunidad conoció a algún asesor, aunque esta AFP si le envió extractos en los cuales tan solo verificaba que los empleadores aportaran. Admitió que su interés en retornar a prima media radica en el monto de la pensión.

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

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

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

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

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

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto

con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP.

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

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

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

llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

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

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

Pensión de vejez

Establecido entonces que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones, pasa la Sala a determinar si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, contempla como requisitos para acceder a la pensión de vejez en lo que interesa al proceso, que la afiliada mujer haya alcanzado

los 57 años y acredite cotizaciones por un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. Precisa la norma que a partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementaría en 50 y a partir del 1 de enero de 2006 ascenderá en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

En esa perspectiva, una vez realizadas las validaciones correspondientes, se determina que la accionante alcanzó los 57 años de edad el 12 de noviembre de 2019 (expediente digital, archivo 1 fl 22) y que a lo largo de su vida laboral acredita más de 1.300 semanas cotizadas (expediente digital archivo 01, fls. 14 al 16, y 17 a 21), por lo que tiene derecho a acceder a la pensión de vejez en los términos previstos en la ley de seguridad social; no obstante, no es posible determinar el monto de la prestación, tampoco la fecha de disfrute, pues no se tiene certeza sobre la última cotización realizada. En consecuencia se modificará la sentencia en esta parte y se ordenará el reconocimiento de la pensión, pues fue un asunto planteado en la demanda.

De otro lado, sólo hasta que Colpensiones reciba a satisfacción el traslado del saldo en cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales estará obligada a reconocer la prestación de vejez, pues no cuenta en la actualidad con los recursos para financiar la pensión, en todo caso, como tercero de buena fe, no intervino en el acto del traslado. Por tanto, la sentencia será adicionada en este punto.

Estima la Sala que hay lugar a condenar a la demandada Colpensiones al de pago de costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues se declaró la ineficacia del traslado y se le ordenó recibir los valores de la cuenta de ahorro de la demandante,

actualizar su historia laboral y garantizar el derecho pensional. En consecuencia, la sentencia se revocará para en su lugar condenar a Colpensiones a pagar costas del proceso.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura modificará la decisión analizada en la forma anunciada.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de septiembre de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP

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

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a reconocer a la accionante la señora Mireya Rojas González pensión de vejez al amparo de lo dispuesto en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, a partir de la fecha en que se acredite la desafiliación o cese las cotizaciones al régimen pensional, para lo cual deberá la entidad liquidar el IBL en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, determinar la tasa de reemplazo conforme a los parámetros del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, que fuera modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003; prestación que no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad. La prestación deberá reconocerse por 13 mesadas al año, junto con los reajustes e incrementos legales anuales.

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

QUINTO: REVOCAR el numeral octavo de la sentencia proferida para en su lugar condenar a Colpensiones a pagar de costas del proceso.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 033 2020 00077 01
DEMANDANTE: LUIS EDUARDO FLÓREZ GRANADOS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Bogotá, D. C., quince (15) de Diciembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de mayo de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare de manera principal la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Protección S.A. y válidamente afiliado al régimen de prima media (RPM) sin solución de continuidad. En consecuencia, ordenar a la AFP trasladar a Colpensiones, todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y gastos de administración. A la última a reactivar la afiliación en prima media, a actualizar y corregir su historia laboral. Finalmente, que se declare y condene a las demandadas a reconocer y pagar los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* que resulte probado en el proceso, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 27 de octubre de 1958 y tiene 61 años de edad en la actualidad. Desde que inició su vida laboral ha estado afiliado al régimen de prima media con prestación definida hasta el 2000. Refirió que el fondo, previo a la vinculación no le informó sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional, tampoco fue informada sobre el descuento por gastos de administración y sobre el derecho de retracto (expediente digital, archivo 01, fls. 6 al 20.)

La AFP Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del actor y su edad. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la proyección pensional realizada por la parte demandante no constituye prueba de la diferencia en el monto de la pensión, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, *«inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»*, *«reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»* y las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que todas las actuaciones del fondo están precedidas de buena fe y legalidad. Sostuvo que el actor se afilió de forma libre y voluntaria con la suscripción del formulario, tal como disponía la ley para la época (expediente digital, archivo 07, fls. 3 a 22).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió el natalicio del accionante y su edad. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de

seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que el actor no es beneficiario del régimen de transición y se encuentra inmerso en prohibición legal para retornar al régimen de prima media en razón de la edad. Refirió que no hizo uso del derecho de retracto (expediente digital, archivo 08, fls. 2 a 39).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 17 de mayo de 2022 (expediente digital, documento 16), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por el demandante Luis Eduardo Flórez Granados, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. ORDENAR a Protección S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual del actor, a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones; quien deberá reactivar la afiliación del actor en el Régimen de Prima Media sin solución de continuidad, y recibir los dineros que le fueren trasladados.

TERCERO. DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las entidades en sus contestaciones.

CUARTO. COSTAS. Serán a cargo de ambas demandadas tásense las agencias en un salario mínimo legal mensual vigente a cada una de ellas.

QUINTO. Por la naturaleza jurídica de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contenida en el Decreto 4121 de 2011, se dispone CONSULTAR la presente decisión ante la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del Código Procesal Laboral.

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones imploró revocar la decisión, al argumentar que la carga de la prueba está en cabeza del demandante, y

es él quien debe demostrar el supuesto de hecho que persigue, es decir el vicio del consentimiento alegado. Aseguró que para la fecha del traslado no era obligatorio dejar un registro documental de la asesoría, por lo cual es aplicable el principio de nadie está obligado a lo imposible. Refirió que la condena en costas generaría un detrimento patrimonial del fondo.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió Instituto de Seguros Sociales, el 6 de diciembre de 1976 (expediente digital, documento 10), migró al RAIS, a través de la administradora AFP Santander el 5 de mayo de 2000 con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 07, fl. 31), en el que se puede leer:

DE ACUERDO CON EL DECRETO 692 DE 1994 ARTICULO 11, HAGO CONSTAR QUE LA SELECCION DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOUCITUD A SON VERDADEROS. AUTORIZO A PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER PARA QUE TRAMITE A MI NOMBRE LA EMISION DE MI BONO PENSIONAL.

Luego, el 31 de diciembre de 2012 y en adelante a Protección S.A. (expediente digital, archivo 07, fl. 32).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la fecha del traslado llegó a su lugar de trabajo un asesor del fondo Santander y le informó las bondades de trasladarse al RAIS, entre ellas, un mejor servicio al cliente y que dado que los aportes iban a estar administrados por el sector financiero no tendrían problema para pensionarse, asimismo que tendrían derecho a un bono pensional, de igual forma el asesor le indicó que el ISS iba a colapsar e iba a ser liquidado. Razones que lo llevaron a firmar el formulario de afiliación que ya estaba diligenciado. Señaló que al momento del traslado no fue informado sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen. Arguyó que hace aproximadamente dos años se acercó a oficinas de Protección y le informaron que el monto de su mesada pensional sería de un millón de pesos. Refirió que presentó queja a Protección por la administración de sus aportes. Arguyó que recibe extractos pensionales. Admitió que la motivación para retornar a prima media es el valor de la mesada pensional.

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

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas

no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

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

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

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

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

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a la demandada Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues se declaró la ineficacia del traslado. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó a Colpensiones a pagar las costas del proceso.

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

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de mayo de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 35 2020 00394 01.
DEMANDANTE: MARÍA FANNY ARIAS BETANCOURT
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta ciudad, el 26 de julio de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para se condene a la demanda a reconocer y pagar indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 3 de abril de 1962 y cotizó 456.29 semanas a Colpensiones desde el 1 de mayo de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1995. Refirió que mediante dictamen emitido por Medicol Salud el 26 de abril de 2018, le fue determinada pérdida de capacidad laboral del 96%, por tanto, está en imposibilidad de aportar a pensiones.

Señaló que se desempeñó como docente del sector oficial desde el 20 de enero de 1992 hasta el 21 de abril de 2014. En consecuencia, mediante Resolución n.º 6987 del 15 de septiembre de 2014, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación

de Bogotá le reconoció pensión de invalidez en cuantía de \$3.049.894 a partir del 21 de abril de 2014, sin tomar en consideración las cotizaciones efectuadas a Colpensiones, esta que mediante Acto Administrativo SUB 1932 del 7 de enero de 2020, negó la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez bajo el argumento que estos aportes sirven para financiar la prestación reconocida por otra caja en el sistema solidario de la seguridad social. Inconforme, interpuso recurso de apelación, empero la entidad ratificó decisión inicial mediante Acto Administrativo DPE 5478 del 7 de abril de 2020 (archivo 01 fls. 1 a 10).

Al contestar Colpensiones, se opuso a las pretensiones. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS y las semanas cotizadas, también la reclamación administrativa y las resoluciones emitidas en respuesta. De los demás hechos dijo que no le constan. Con el fin de enervar las pretensiones propuso las excepciones inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables de manera oficiosa. Argumentó que a la demandante le fue reconocida pensión por la Secretaría de Educación de Bogotá la cual resulta incompatible con la prestación deprecada en este proceso, como quiera que nadie puede devengar más de una asignación proveniente del tesoro público y dado que todos los tiempos cotizados al sector público deben ser utilizados para financiar la pensión a la que tenga derecho la actora en virtud de los principios de solidaridad y universalidad (documento 08 dls. 1 a 14).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de julio de 2021 (archivo 17), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de las pretensiones principales incoadas en su contra por María Fanny Arias Betancourt, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones propuestas por la demandada denominada inexistencia de la obligación, también la excepción de falta de causa para demandar y la de cobro de lo no debido.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante por lo tanto se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$50.000 suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas.

CUARTO: De Si no se apela la decisión, consúltase la sentencia con el superior en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En sustento de su decisión, indicó que la sustitución de la pensión de vejez es compatible con la pensión que actualmente disfruta la accionante, pues no se configura doble asignación del tesoro público, no obstante, determinó que aunque la actora padece una pérdida de capacidad laboral del 96%, esta es de origen profesional y no común, por tanto, no hay lugar a reconocer la prestación deprecada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandante imploró revocar la decisión al argumentar que conforme a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 tiene derecho a que le sea reconocida la indemnización sustitutiva, pues no es dable hacer diferencias entre el origen laboral o común de la pérdida de capacidad laboral.

Para resolver lo procedente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si la demandante tiene derecho al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez pese a ostentar la condición de pensionada por invalidez por parte del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio a través de la Secretaría de Educación de Bogotá.

Indemnización sustitutiva

El Decreto 1730 de 2001, modificado por el Decreto 4640 de 2005 que reglamenta el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, dispone en el literal a) de su artículo 1 que habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las administradoras del régimen de prima media con prestación definida cuando:

Artículo 1º. Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en una de las siguientes situaciones:

- a. Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;
- b. Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;
- c. Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiriera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;
- d. Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-ley 1295 de 1994".

Más adelante, el referido decreto 1730 de 2001, en el artículo 6 dispone que salvo lo previsto en el artículo 53 del Decreto 1295 de 1994, las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez, además que las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto.

Considera la Sala que esta norma debe ser entendida en el sentido que no es posible que una misma entidad y con base en idénticas cotizaciones o tiempos de servicio reconozca una pensión de vejez o invalidez y al mismo tiempo conceda una indemnización sustitutiva. No obstante, lo que se plantea en el caso bajo estudio es bien diferente, pues se persigue el reconocimiento de la indemnización en relación con los aportes efectuados directamente a la demandada por diferentes

empleadores del sector privado desde el 1º de mayo de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1995, que suman aproximadamente 456.29 semanas (expediente administrativo, archivo 1 fls. 14 a 17).

Incluso si se prescindiera de lo expuesto y se alegara que bajo la Ley 100 de 1993, que sistematizó y armonizó el sistema pensional en Colombia no es posible la asignación de dos pensiones que cubran un solo riesgo, independientemente del origen de los servicios prestados, se debe precisar que en este evento, no se trata de dos pensiones, en tanto que corresponde a dos prestaciones una, la pensión de invalidez y otra la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Ahora, la Ley 776 de 2002, por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales dispone en su artículo 15:

Devolución de saldos e indemnización sustitutiva. Cuando un afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, además de la pensión de invalidez o de sobrevivientes que deberá, reconocerse de conformidad con la presente ley, se entregará al afiliado o a los beneficiarios:

a) Si se encuentra afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la totalidad del saldo de su cuenta individual de ahorro pensional.

b) Si se encuentra afiliado el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida la indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Parágrafo. Para efectos del saldo de la cuenta de ahorro individual, los bonos pensionales, en desarrollo del artículo 139, numeral 5, de la Ley 100 de 1993, se redimirán anticipadamente a la fecha de la declaratoria de la invalidez o de la muerte de origen profesional.

Al amparo de la norma es claro que si a un afiliado al sistema de riesgos le es reconocida pensión por de invalidez de origen laboral, tiene derecho a percibir del sistema general de pensiones la devolución de saldos, tal como acontece en el caso bajo examen. Aquí resulta pertinente advertir que el

Pues bien, se encuentra demostrado que la demandante es beneficiaria de una pensión de invalidez reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio a través de la Secretaría de Educación de

Bogotá, así se verifica en la Resolución n.º 6087 de 15 de septiembre de 2014, visible en el archivo 1 folios 36 y 37, como quiera que le fue determinada una pérdida de capacidad laboral del 96% estructurada el 19 de febrero de 2014 (archivo 1 fls 40 y 41).

Se corrobora con la copia de cédula de ciudadanía vista en expediente digital folio 13, que la demandante nació el 3 de abril de 1962, por lo que cuenta con más de 60 años de edad, es decir, supera la edad mínima de pensión, sin cumplir con las semanas para acceder a la pensión de vejez. Igualmente, se entiende que manifiesta su voluntad de no seguir cotizando con las solicitudes efectuadas directamente a la demandada, con la interposición de la presente demanda, y como si fuera poco con el dictamen de pérdida de capacidad laboral del 96%, por tanto, la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva.

Realizadas las validaciones correspondientes, se determina que la indemnización sustitutiva asciende a \$5.534.036, por tanto la sentencia de primera instancia será revocada y en su lugar se dispondrá condenar a la demandada a reconocer y pagar la prestación deprecada.

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1985	214	1,950	100,000	51,282	\$ 14.610,00	\$ 749.231,00	\$ 5.344.514,00
1987	63	2,880	100,000	34,722	\$ 21.420,00	\$ 743.750,00	\$ 1.561.875,00
1988	366	3,580	100,000	27,933	\$ 25.530,00	\$ 713.128,00	\$ 8.700.162,00
1989	365	4,580	100,000	21,834	\$ 39.310,00	\$ 858.297,00	\$ 10.442.614,00
1990	365	5,780	100,000	17,301	\$ 47.370,00	\$ 819.550,00	\$ 9.971.192,00
1991	365	7,650	100,000	13,072	\$ 54.630,00	\$ 714.118,00	\$ 8.688.436,00
1992	366	9,700	100,000	10,309	\$ 70.260,00	\$ 724.330,00	\$ 8.836.826,00
1993	365	12,140	100,000	8,237	\$ 89.070,00	\$ 733.690,00	\$ 8.926.562,00
1994	365	14,890	100,000	6,716	\$ 99.560,96	\$ 668.643,00	\$ 8.135.157,00
1995	360	18,250	100,000	5,479	\$ 118.933,00	\$ 651.688,00	\$ 7.820.256,00
Total días	3194	Total devengado actualizado a				2019	\$ 78.427.594,00
Semanas Cotizadas S.C.	456,29	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 171.882,64
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					7,056%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				2019	\$ 5.534.056,00

De conformidad con las consideraciones expuestas la Sala revocará la sentencia apelada y en su lugar impondrá la condena anunciada.

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

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de julio de 2021, para en su lugar condenar a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante María Fanny Arias Betancourt por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez la suma de \$5.534.056.

SEGUNDO: No se causan costas en la instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

Radicación n.º 1100131050 35 2020 00394 01.

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 002 2019 00397 01
DEMANDANTE: KRITZIA GICELLA GÓMEZ CHAVES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A. COFONDOS S.A. PENSIONES Y CENSANTIAS y
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS POTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de septiembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare «*nula e ineficaz la afiliación*» al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A. y los traslados horizontales a las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. En consecuencia, se condene a esta última a trasladar la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar. A Colpensiones a recibir la totalidad de los aportes de la actora y activar la afiliación. Por último, se disponga a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 4 de abril de 1965, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 25 de mayo y cotizó 222 semanas. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A. el 26 de octubre de 1994, actualmente se encuentra afiliada a Colfondos S.A. Adujo que el asesor le informó que de permanecer en el ISS tendría problemas para el reconcomiendo de su pensión por los problemas financieros y administrativos de la entidad, mientras que en el fondo obtendría una mejor mesada. Refirió que ninguna de las AFP la asesoró de forma responsable, transparente, real, completa, clara y comprensible sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, tampoco sobre las implicaciones en su futuro pensional, conforme a sus particularidades personales. Indicó que no explicaron como acceder a la devolución de saldos, a la garantía de pensión mínima, tampoco se le realizó proyección pensional que le permitiera conocer el valor aproximado de mesada. Refirió que intentó en múltiples oportunidades obtener asesoría, sin obtener respuesta. Expuso que conforme a una proyección efectuada por la firma Yabar Liquidaciones en Colpensiones obtendría una mesada pensional de \$4.808.645, entre tanto, en el RAIS sería equivalente a \$1.578.542. Finalmente, relató que Colfondos, Protección, Porvenir y Colpensiones negaron la solicitud de cambio de régimen (expediente digital, archivo 01 fls. 4 a 15).

Colpensiones se opuso a las pretensiones. Admitió la data de natalicio de la actora, afiliación a prima media, las semanas cotizadas, la petición de retorno a RPM y su respuesta. Manifestó que no le constan o no son ciertos los restantes hechos. Formuló como excepciones la descapitalización del sistema pensional, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la demandante no ejerció el derecho de retracto, no es beneficiaria del régimen de transición y está incurso en prohibición legal para retornar a RPM en razón de la edad (expediente digital, archivo 01 fls. 199 a 238).

La AFP Protección S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó la data de nacimiento de la accionante, la afiliación a Davivir, la solicitud de traslado y su respuesta. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, *«inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la filiación por falta de causa y porque afecta a derechos de terceros de buena fe»*, *«reconocimiento de restituciones mutuas a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la Comisión de Administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»*, traslado de aportes y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, expuso que todas las actuaciones del fondo están precedidas de la buena fe y la legalidad, por tanto la afiliación cuestionada fue libre, voluntaria y se materializó con la suscripción del formulario, tal como disponía la ley para la época (expediente digital, archivo 01, fls. 275 a 306).

La AFP Porvenir S.A. rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que los hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, toda vez que la actora suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación, con el lleno de los requisitos. Señaló que ha operado el fenómeno de la prescripción sobre la reclamación presentada (expediente digital, documento 01 fls. 346 a 371).

Por auto del 15 de junio del 2022, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP Colfondos S.A. (expediente digital, archivo 11).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 5 de septiembre de 2022 (expediente digital, archivo 21), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora Kritzia Gicella Gómez Chaves, identificada con CC. 39.538.380, a Davivir hoy Protección S.A. el día 26 de octubre de 1994 y consecuentemente los posteriores traslados realizados por la demandante a la AFP Porvenir S.A. efectuada el 29 de octubre de 1998, a Protección S.A. el 1º de diciembre de 2013 y finalmente a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, el 16 marzo de 2018 de conformidad con las razones expuestas en el presente proveído.

SEGUNDO: se CONDENARÁ a Colfondos S.A., como última administradora a la que se encuentra vinculada., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de demandante, la señora Kritzia Gicella Gómez Chaves, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora debidamente indexados sin lugar a descuento alguno.

TERCERO: se ORDENARÁ a la Administradora Colombiana de Pensiones–Colpensiones a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación efectuada por la demandante el 25 de mayo de 1990, situación que deberá incluir en sus bases de datos y sistemas de información la historia laboral.

CUARTO: se DECLARARÁN no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: se CONDENARÁ en costas a las demandadas, Colfondos S.A., Protección S.A. y Porvenir S.A., en las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) salario mínimo legal mensual vigente.

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

Como sustento de su decisión, concluyó que la AFP Davivir hoy Protección S.A. no probó haber brindado información necesaria que permitiera a la actora conocer las consecuencias del cambio de régimen. Tampoco las AFP posteriores demostraron haberla suministrado. En consecuencia, conforme el tenor de la jurisprudencia es procedente declarar la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones pretende la revocatoria de la sentencia, al argumentar que existió una indebida valoración probatoria, pues son claros los indicios que permiten concluir que a la actora se le brindó asesoría precontractual, señaló que a la parte no le es dable construir su propia prueba. Además la accionante adelantó actos de relacionamiento, como traslado entre administradoras y en tiempo gracias a las varias asesorías pudo retornar a prima media, empero no lo hizo. Exaltó que la inconformidad en el monto de la mesada pensional no es un argumento

válido para retornar a prima media y con la decisión se vulnera la estabilidad del fondo común.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

La actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 29 de mayo de 1990 (expediente digita, archivo 01 fls. 239 a 242). Migró al RAIS, a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A. el 26 de octubre de 1994, mediante la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 01 fl. 307), en el que se puede leer:

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

Posteriormente, se trasladó horizontalmente a Porvenir S.A. el 1 de diciembre de 1998, a Protección S.A. el 1 de febrero de 2014, a Colfondos a partir del 1 de mayo de 2018 y en adelante (expediente digital, archivo 01 fls. 146 a 148 y 316).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante narró que para la época del traslado a su lugar de trabajo llegó un asesor de Davivir, refirió

que debido a malos manejos y desordenes administrativos que atravesaba el ISS, estaba en riesgo el futuro de las pensiones; situación que indicó era difundida por los medio de comunicaciones. Expuso que se trasladó a Davivir, pues tenía el respaldo de una entidad financiera sólida por tanto diligenció el formulario del cual recuerda contenía su información personal. Dijo sentirse defraudada por la falta de transparencia del fondo. Advirtió que ser trasladó horizontalmente con la promesa de obtener una mesada más alta. Relató que se acercó al fondo pensional en el 2010 en busca de información sobre su futuro pensional, pero no la obtuvo, pese a que su empleador interpuso una queja. Aceptó que desea retornar a Colpensiones por el monto de la mesada pensional. Reconoció que recibió extractos de Porvenir, Protección y Colfondos, pero tan solo verificó que los aportes se reflejaran.

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

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

En el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS, las cotizaciones realizadas y los aportes al fondo de pensiones de voluntarias, no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial,

tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

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

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

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

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será modificada en este punto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de septiembre de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Colfondos a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

(En uso de permiso)
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 002 2019 00729 01
DEMANDANTE: JAIRO MAURICIO OCHOA TORRES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de agosto de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la ineficacia o «*nulidad*» del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A., y válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, ordenar a la AFP trasladar a Colpensiones todos los aportes, junto con los rendimientos e intereses causados, a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 28 de julio de 1956. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1 de agosto de 1997.

Indicó que en marzo del 2000 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., con la promesa de pensionarse con mayor monto que en el RPM. Adujo que el fondo, previo a la vinculación no le informó sobre los requisitos, características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensión, tampoco realizó proyecciones comparativas que le permitieran evidenciarlas. Refirió que el ISS no le brindó información clara, vera, oportuna y real sobre las consecuencias jurídicas que acarrearía tras el traslado. Finalmente, que reclamó el traslado de régimen a Colpensiones, pero fue negado (expediente digital, archivo 01, fls. 4 al 18).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento del actor, la afiliación al régimen de prima media, el traslado de régimen, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que el actor no es beneficiario del régimen de transición, está incurso en prohibición legal para retornar a prima media en razón de la edad y no hizo uso del derecho de retracto (expediente digital, archivo 04, fls. 25 a 60).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. De los hechos dijo que no le constan o no son ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que el demandante se vinculó de forma libre y voluntaria producto de una decisión informada, asimismo materializó su intención con la suscripción del formulario, tal como disponía la ley para la época (expediente digital, archivo 07, fls. 2 a 21)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de agosto de 2022 (expediente digital, archivo 14), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el señor Jairo Mauricio Ochoa, identificado con cédula de ciudadanía 19.392.013, al fondo de pensiones Horizonte S.A. pensiones y cesantías hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A. el 16 de junio de 1996, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: se CONDENARÁ a Porvenir S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante Jairo Mauricio Ochoa, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuentos.

TERCERO: se ORDENARÁ a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a aceptar dichos valores y tener como válida la afiliación del demandante efectuado el 11 de mayo de 1995, situación que deberá incluir en sus bases de datos y sistema de información de historia laboral.

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

QUINTO: se CONDENARÁ en costas a la parte demandada Porvenir S.A., dentro de las incluirá por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) salario mínimo legal mensual vigente.

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

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, por tanto, procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones solicitó revocar la decisión al argumentar que no se cumplen las condiciones para la declarar la ineficacia del traslado de régimen, pues en el expediente no obra prueba de que el demandante fue inducido en error por parte de Horizonte al momento del traslado, pues aceptó que nunca tuvo contacto con algún asesor de horizonte. Además en el interrogatorio de parte confesó que suscribió el traslado de forma libre y voluntaria al RAIS y que tomó la

decisión de trasladarse por una sugerencia de la jefe de personal de la empresa a la cual hoy continúa vinculado. Finalmente, de ser confirmada la decisión, solicitó se faculte a Colpensiones para que por las vías judiciales pueda obtener el valor de los perjuicios económicos que se generen.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió al ISS, el 1 de agosto de 1997 (expediente administrativo, fls. 1 a 5), migró al RAIS, a través de la administradora Horizonte hoy Porvenir S.A. el 13 de junio de 1996, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 07, fl. 56), en el que se puede leer:

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

Posteriormente, se trasladó horizontalmente el 1 de enero del 2014 y en adelante a la AFP Porvenir S.A., conforme certificación expedida por Asofondos (expediente digital, archivo 07, fl. 55).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la época del traslado era Gerente Técnico, la Directora de Personal de la empresa le dijo que Colpensiones se iba acabar y que iba a ser muy difícil pensionarse en prima media, por lo cual le ofreció trasladarse a Horizonte le donde podría escoger la modalidad de pensión, tendría la seguridad de acceder al derecho con un monto *decente*, disponer del dinero a futuro y que tendría una cuenta de ahorro individual que generaba rendimientos, todo esto lo llevó a firmar el formulario de afiliación. Adujo que no recibió asesoría por parte de ningún funcionario de la AFP, asimismo que no fue informado sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen previo al traslado por funcionario alguno del fondo privado. Señaló que se acercó a la AFP hace cuatro o cinco años por sugerencia de una abogada amiga quien le indicó requerir una proyección pensional. Aceptó que con posterioridad a esta visita recibió extractos. Aceptó que realizó aportes voluntarios a pensión a partir de los 62 años, figura que fue explicada por el Gerente General de la empresa. Señaló que solicitó el retorno a prima media, pero fue negado en razón de la edad. Admitió que la motivación para retornar a prima media es el valor de la mesada pensional.

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

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

STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021), el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019).

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

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

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

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

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de agosto de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

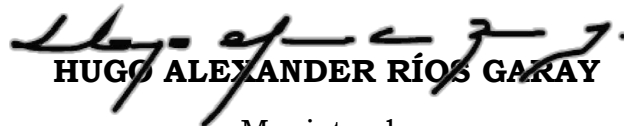
CUARTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

(En uso de permiso)
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 02 2021 00016 01
DEMANDANTE: ESTELLA LADINO DÍAZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de julio de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare ineficaz el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. del 1 de agosto de 1999. En consecuencia, se ordene a la AFP a trasladar a Colpensiones todos los aportes cotizados para pensión, junto con sus rendimientos financieros, saldos en la cuenta de ahorro individual y sumas adicionales, sin posibilidad de efectuar descuento alguno ni por gastos de administración, ni por comisiones. A la última a reconocer pensión de vejez a partir del 28 de julio de 2007. Se conmine a las demandadas a realizar proyección pensional indexada a la fecha de sentencia de primera instancia. Se disponga a la demandada Porvenir a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 28 de julio de 1960 y actualmente tiene 60 años de edad, a la fecha cuenta con 1.088 semanas cotizadas al RAIS y 809 al RPM. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. en noviembre de 1995. Adujo que la AFP no le informó las características del régimen ni las ventajas y desventajas que conllevaría el traslado, tampoco le informó sobre la posibilidad de retractarse, no le realizó proyección pensional. Finalmente, que solicitó a Colpensiones el retorno a RPM pero fue negado (expediente digital, archivo 01 fls. 2 al 14).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la promotora del juicio se vinculó en forma libre, espontánea y que no hizo uso del derecho de retracto (expediente digital, archivo 07 fls. 2 a 27).

Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió la data de nacimiento y la edad de la demandante y las semanas cotizadas al régimen de prima media. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no puede retornar al régimen de prima media, pues no es beneficiaria del régimen de transición y está incurso en una prohibición legal en razón de la edad y no hizo uso del derecho de retracto (expediente digital, archivo 08 fls. 3 a 46).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 6 de julio 2022 (expediente digital, documento 22), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora Stella Ladino Diaz identificada con cédula de ciudadanía número 51.591.096, el 01 de agosto de 1999 a Porvenir S.A., de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Se CONDENARÁ a Porvenir S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la totalidad de sumas de dinero que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, con sus rendimientos financieros, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora sin lugar a descuento alguno a deterioro sufridos por el bien administrado.

TERCERO: Se condenará a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a aceptar tales valores, y tener como válida la afiliación efectuada por la demandante el 4 de marzo de 1980, por lo que deberá incluir dicha situación en las bases de datos y sistemas de información de la historia laboral.

CUARTO: Se DECLARARÁN no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUITO: CONDENARÁ en costas a la parte accionada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de ellas.

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

Como sustento de su decisión, concluyó que la AFP no demostró que al momento de traslado brindó asesoría o suministró ninguna información sobre características de cada régimen, las condiciones para acceder a la pensión, los efectos, riesgos, implicaciones y consecuencias de la migración; por manera que resulta imperativo declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones imploró revocar la decisión al señalar que es improcedente declarar la ineficacia, en atención a que la demandante no aportó al proceso pruebas documentales que dieran cuenta de la presunta

falta de información por parte de la AFP y al absolver interrogatorio de parte tuvo memoria selectiva y adujo que los asesores del fondo privado no le informaron nada en la reunión que duro de 30 a 40 minutos. Además, que el traslado se realizó con plena voluntad y libertad. Arguyó que la demandante no puede retornar a prima media pues está inmersa en prohibición legal. En caso de no acogerse a las suplicas, solicitó que se faculte a Colpensiones para que por las vías judiciales pueda obtener el valor de los perjuicios en valores no previstos al momento de realizarse un reconocimiento pensional.

La AFP Porvenir S.A solicitó revocar la sentencia al argumentar que brindó a la demandante la información debida en los términos previstos en la ley para esa época y no es posible exigir que se acrediten requisitos incorporado el ordenamiento jurídico con posterioridad. Sostuvo que la inconformidad en el monto de la pensión no es un argumento válido para retornar a RPM. Rechazó la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, pues estos conceptos se dedujeron por mandato legal, retribuyeron la buena gestión de la administradora, mantuvieron cubierta a la actora frente a las contingencias de invalidez y muerte. Finalmente, expuso que los conceptos a los que se viene haciendo referencia no integran el capital de pensión y por tanto son susceptibles de prescribir. Arguyó que estos valores fueron girados a una aseguradora, por lo cual ya no se encuentran en su poder, así mismo tal devolución generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o

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

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es

recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el certificado emitido por Asofondos la actora migró al RAIS el 01 de agosto de 1999 a través de la AFP Porvenir S.A. (expediente digital, archivo 07 fl. 28 y 31).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la época del traslado, su jefe llegó a la oficina de trabajo con dos asesores de Porvenir y le informaron que el ISS se iba a acabar, que no pagaba las mesadas a tiempo y que lo mejor era que se trasladará al fondo privado, en donde su pensión sería superior, que el ISS; los asesores diligenciaron el formulario de afiliación y ella lo firmó sin leerlo, per o voluntariamente. Señaló que al momento del traslado no fue informada sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen. Arguyó que al cumplir la edad para acceder a la pensión llamó a Porvenir y le informaron que su mesada sería de un salario mínimo. Adujo que en Colpensiones la prestación correspondería al triple y este es el motivo por el cual quiere retornar a prima media para disfrutar de una pensión justa.

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

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

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

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades

(CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de julio de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 03 2021 00068 01
DEMANDANTE: MARÍA CONSUELO ÁRIAS TORRES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Protección y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de junio de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la *«ineficacia de la afiliación»* al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Santander hoy Protección S.A. y válidamente afiliada sin solución de continuidad a Colpensiones. En consecuencia, ordenar a Protección *«devolver»* a Colpensiones los aportes efectuados, rendimientos financieros, bono pensional y cuotas de administración. Así mismo, se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró nació el 12 de julio de 1959 y cumplió 57 años el 12 de julio de 2016. Se trasladó del RPM al RAIS a

través de la AFP Santander hoy Protección el 6 de julio de 2000. Adujo que la AFP, no le brindó información completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas, las consecuencias del cambio en relación con su situación particular. Señaló que hasta el 30 de septiembre de 2018 cotizó 1.842 semanas cotizadas al sistema general de pensiones. Arguyó que Santander hoy Protección es quien tiene la carga de probar que cumplió con el deber de informar y que brindó asesoría al momento del traslado. Señaló que según simulación pensional emitida por la AFP en el RAIS recibiría una pensión de un salario mínimo en modalidad de garantía de pensión mínima. Empero en prima media ascendería a \$1'104.307. Finalmente, que presentó reclamación administrativa ante Colpensiones (expediente digital, archivo 01, fls. 6 a 12, subsanación expediente digital, archivo 03, fls. 5 a 11).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la demandante, el traslado de régimen y la reclamación administrativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de 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 la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, *inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política)*, buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y las declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, dado que suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación con Protección (expediente digital, archivo 06 fls. 2 a 23).

La AFP Protección S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó el traslado al RAIS y las semanas cotizadas al sistema general de pensiones. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, «*inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe*», «*reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa*» y las demás declarables de oficio. En su defensa, expuso que todas las actuaciones del fondo están precedidas de buena fe y legalidad, en consecuencia, las personas se afilian libre y voluntariamente, materializan su decisión con la suscripción del formulario, tal como disponía la ley para la época (expediente digital archivo 08, fls. 3 a 21).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 06 de junio de 2022 (expediente digital, archivo 15), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la accionante María Consuelo Árias Torres del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado para ese entonces, por la Administradora de Fondos y Pensiones Santander, realizado el 6 de julio del año 2000, con efectos a partir del 1º de septiembre del mismo año, así como el traslado horizontal que se realizó a Protección S. A. como consecuencia de la figura de sesión por fusión para entender vinculada a la demandante, en forma válida al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, conforme la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a Protección S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias si hubiese realizado alguna, bonos pensionales en caso de que ya se encuentre redimido, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, sin descuento alguno por concepto de gastos de administración o sumas adicionales de la aseguradora, todo conforme a la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a que acepte y reciba el dinero proveniente de Protección S.A. para que proceda a activar la afiliación que la demandante María Consuelo Arias Torres, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice su historia laboral en semanas cotizadas.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por las entidades demandadas, de igual manera se declara no probada la excepción del

principio de sostenibilidad del sistema financiero propuesto por Colpensiones, todo conforme a la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas en derecho, junto con agencias en derecho a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a Protección S.A., las cuales se tasan en la suma de dos millones (\$2.000.000) de pesos para cada una.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada Colpensiones, CONSULTESE con el Superior en los términos del artículo 69 del Código Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que brindó a la demandante al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera tomar una decisión consciente.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Protección S.A., rechazó la condena de trasladar los gastos de administración dado que estas sumas fueron descontadas por mandato legal, estuvieron destinadas a retribuir la buena gestión de la AFP, que generó rendimientos los cuales también se ordena trasladar y que resultan superiores, por tanto, se estaría vulnerando el principio de las restituciones mutuas propio de la figura de la ineficacia. Refirió que al ordenarse la devolución de rendimientos se genera un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones y de la demandante, porque no son dineros destinados a financiar el capital de la pensión de vejez y no hacen parte de la cuenta de ahorro individual de la actora.

Colpensiones imploró revocar la decisión, al argumentar que no se demostró probatoriamente los requisitos exigidos para la declaratoria de ineficacia. Refirió que la demandante suscribió de manera voluntaria su afiliación y ratificó su decisión de permanencia en el RAIS con la permanencia en el fondo por más de 20 años. Señaló que la demandante está incurso en prohibición legal en razón de la edad.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, la promotora del juicio se afilió al ISS el 4 de diciembre de 1978 (expediente digital, archivo 07 fls. 7 a 13), migró al RAIS, administrado por ING el 1 de septiembre de 2000. Posteriormente, se trasladó a Protección el 31 de diciembre de 2012 (expediente digital, archivo 01 fl. 16).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que en 2000 trabajaba con la empresa Productos Ramo, allí llegaron asesores de diferentes fondos privados para explicar porque debía trasladarse. Señaló que eligió a Protección porque le informaron que podría pensionarse anticipadamente, con un monto igual o superior a la que le ofrecería el ISS entidad estatal que se iba a acabar. Arguyó que no leyó el formulario, simplemente se limitó a firmarlo, pero expuso que previamente no recibió información sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen y desconoce los requisitos para pensionarse en RPM. Admitió que recibe extractos de la AFP, pero dijo no entender su contenido Refirió que

su interés en trasladarse radica en que las expectativas en el fondo privado no se cumplen y se siente engañada.

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

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

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

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

Importa reiterar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con

solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de junio de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

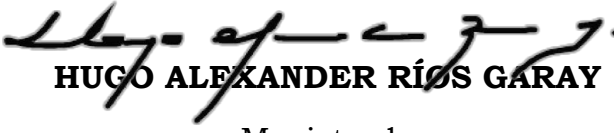
pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

(En uso de permiso)
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 007 2018 00571 01
DEMANDANTE: GLORIA CECILIA RODRÍGUEZ VALENCIA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de mayo de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

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

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

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

La misma Corporación ha puntualizado que:

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

Ahora, luego de surtidos trámites administrativos relacionados con el número de radicación, que implicó el regreso del expediente incluso al Juzgado de conocimiento, este retornó al Tribunal luego de diez meses por lo que la suscrita Magistrada procede a dictar sentencia.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «nulidad de la afiliación» al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A. En consecuencia, se condene a AFP a trasladar a Colpensiones los aportes cotizados junto con los rendimientos en el menor tiempo posible. A esta última a recibir los recursos, actualizar la historia laboral. Así mismo, a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 7 de enero de 1960, se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 25 de agosto de 1989. Fue trasladada al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. el 9 de enero de 1996. Se trasladó de forma horizontal a la AFP Santander hoy Protección S.A. en abril del 2003. Adujó que los asesores de los fondos no le informaron las características del régimen ni las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas que conllevaría el traslado. De conformidad con proyección realizada por Protección la mesada pensional en el RAIS correspondería a \$1.067.230, entre tanto en Colpensiones ascendería a \$3.182.896, pese a que cotizó constantemente con una base superior a siete salarios mínimos. Refirió que no cumple con los requisitos para retornar en cualquier tiempo. (fls. 4 a 26)

Protección S.A. rechazó el éxito de las aspiraciones. Admitió la data de nacimiento de la actora y la proyección de la mesada pensional. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Propuso como excepción previa la falta de integración del litis consorcio necesario por pasiva, como de mérito la 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 y las demás declarables de oficio. En su defensa, sostuvo que las actuaciones de la AFP siempre han estado precedidas de buena fe y observando la legalidad. Afirmó que el traslado se dio de forma libre y voluntaria en los términos establecidos para la fecha (fls. 96 a 109).

Colpensiones se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Admitió la fecha de nacimiento de la actora y afiliación al RPM. Manifestó que no le constan o no son ciertos los restantes hechos. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables de oficio. En su defensa, argumentó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y está incurso en una prohibición legal para retornar a RPM en razón de la edad y las semanas cotizadas (fls. 143 a 165).

La AFP Porvenir S.A. rechazó las peticiones del escrito inaugural. Manifestó que los hechos no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y las demás declarables de oficio. Alegó que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico pues actuó al amparo del régimen jurídico y de buena fe, por ello cada uno de sus afiliados ha ejercido el derecho a seleccionar el RAIS de forma voluntaria (fls. 265 a 294).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de mayo de 2021 (segundo cuadernillo, fl. 02), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora Gloria Cecilia Rodríguez Valencia, identificada con cédula de ciudadanía 51.558.981 de Bogotá, del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., realizado el 9 de abril de 1996 y por ende, la que realizó con posterioridad a Protección S.A conforme lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada la demandante Gloria Cecilia identificada con cédula de ciudadanía 51.558.981, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, como si nunca se hubiera traslado de régimen pensional de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo a la afiliación de la señora Gloria Cecilia Rodríguez Valencia, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar los gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probada las excepciones propuestas por la pasiva.

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

SEXTO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada a favor de la demandante. Fijese la suma de \$500.000 como agencias en derecho a cargo de cada uno de las accionadas.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, concluyó que pese a que obran formularios de afiliación estos no resultan suficientes según el precedente jurisprudencial para entender que la administradora Porvenir S.A. suministró información mínima acerca de las características, condiciones, ventajas y desventajas que le traería a su futuro pensional la decisión de cambiarse de régimen pensional, tampoco obra otro documentos que pruebe el cumplimiento del deber de información por lo que resulta suficiente para declarar la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones imploró revocar la decisión, al argumentar que el traslado se realizó con plena voluntad de la actora, quien por decisión propia solicitó los formularios para efectuar el traslado en enero de 1996. Sostuvo que la accionante nunca estuvo afiliada al RPM, pues su afiliación a la seguridad social en pensiones se dio por primera vez a la AFP Porvenir. Indicó que la promotora del juicio está impedida para retornar a prima media en razón a la edad. Manifestó que el cambio de régimen se beneficiaría a quien no ha aportado al fondo común y por tanto, no ha sido

tomada en consideración en los cálculos del mismo, por tanto se afectaría la capitalización.

Dijo que las normas de seguridad social son de conocimiento público, en consecuencia, la ignorancia de la ley no le sirve como excusa más cuando se alega, solamente 24 años después del traslado. Solicitó ser absuelta de pagar costas por no haber participado en el acto jurídico cuestionado.

La AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia al argumentar que, la línea jurisprudencia sobre el tema no se puede aplicar de manera general, pues deben ser analizadas las circunstancias de cada caso en concreto. Indicó que la AFP brindó asesoría oportuna y conforme al interrogatorio de parte la actora es una abogada que conoce y maneja créditos de la entidad por tanto el claro que manipuló la verdad para beneficiarse con su propio dicho. Aseguró que no es dable exigir que se acrediten parámetros de afiliación no previstos en el ordenamiento jurídico para la época del cambio, por ello solo basta con acreditar la suscripción del formulario de afiliación. Resaltó que la actora ratificó su voluntad de permanencia con los aportes efectuados y con los traslados horizontales. Añadió que el valor de la mesada pensional no es un argumento válido para retornar a prima media.

La AFP Protección S.A., rechazó la devolución de gastos de administración toda vez, que estas sumas fueron descontados por mandato legal, compensaron la buena gestión de la AFP, y ya fueron causadas y pagadas a terceros. Adujo que de retrotraerse las cosas al estado inicial solamente hay lugar a la devolución de aportes acreditados, pues los rendimientos únicamente están previstos en el RAIS.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Según certificación de información laboral n. 5 expedido el 27 de julio de 2016, por el Municipio de Cáqueza, la actora prestó servicios a la Alcaldía Municipal de Cáqueza desde el 25 de agosto de 1989 hasta el 30 de agosto de 1990, periodo en el cual le fueron realizados descuentos y realizado aportes a la Caja Municipal de Previsión Social (fls. 47 a 52). Migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A. el 9 de enero de 1996, mediante la suscripción de formulario de afiliación (fl.53), en el que se puede leer:

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

Posteriormente, se trasladó horizontalmente a ING el 1 de junio de 2003 y a partir del 31 de diciembre de 2012 y en adelante a Protección S.A. (fl. 111).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante narró que para la época del traslado fue nombrada como Jefe de la Oficina de Crédito de la “*Corporación Social de Cundinamarca*” en la Oficina de Recursos Humanos le proporcionaron paquete de documentos que incluía un formulario de afiliación a la AFP Porvenir, el que se limitó a suscribir, toda vez que ya estaba diligenciado con su información personal. Sostuvo que no recibió asesoría alguna previa a la suscripción de los documentos, pues no había promotores de ningún fondo privado. Informó que apenas contaba con la

información que escuchaba en los pasillos, donde los otros funcionarios de la corporación, decían que el ISS se iba acabar, que la mejor opción era el traslado, pues así podrían pensionarse más rápido. Indicó que aunque era abogada, no contaba con información de los regímenes pensionales. Manifestó que desea retornar a prima media por el monto de la pensión ya que la AFP en el 2018 le informó que sería de \$1.800.000 pese a que devengaba \$5.000.000, entre tanto, en prima media ascendería a \$3.500.000. Adujó que permaneció en el fondo porque creía que recibiría de mesada pensional un valor similar al salario con el cual cotizaba. Manifestó que su traslado horizontal se dio porque le prometieron mejores rendimientos. Indicó sentirse engañada. Acepto haber recibido extractos pero no entenderlos.

A solicitud de la parte demandante fueron escuchados los testimonios de los señores Pedro Hugo Pinzón Pinzón y Pedro Enrique García Romero quienes no estuvieron presentes en el momento de la afiliación de la actora, empero coincidieron en relatar que la Oficina de Recursos Humanos hacía entrega a todas las personas que se vinculaban a la entidad el formulario de afiliación a la AFP Porvenir, pero que está no brindó asesoría a través de algún asesor.

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

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de

vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

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

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

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

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

Por tanto, la AFP Protección S.A. a la que se encuentra actualmente afiliada la accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los

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

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a

causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

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

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a la demandada Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, resultó derrotada, pues se declaró la ineficacia del traslado y se declaró como válidamente afiliada a la demandante a prima media. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó a Colpensiones pagar las costas del proceso.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el

11 de mayo de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 07 2021 00284 01
DEMANDANTE: MERCEDES JIMÉNEZ MOYANO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de agosto de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A. adelantado el 14 de enero de 1999. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar los valores recibidos por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, rendimientos e intereses causados. A Colpensiones recibirla como afiliada sin solución de continuidad en prima media. Asimismo, se disponga a las demandadas pagar los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 14 de septiembre de 1960 y tiene 60 años, estuvo afiliada al Instituto de Seguros

Sociales desde el 24 de enero de 1991 hasta el 31 de diciembre de 1998. Se trasladó al RAIS a través de la AFP Colpatria el 14 de enero de 1999. Refirió que el fondo, previo a la vinculación no le informó sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional, tampoco fue informada sobre el derecho de retracto. Informó que actualmente está afiliada a Porvenir y no se encuentra pensionada por riesgos de vejez e invalidez. Indicó que solicitó a las demandadas el retorno al RPM, pero fue negado (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 15).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora y su edad, su afiliación a prima media, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, señaló que la actora está inmersa en prohibición legal para retornar a prima media en razón de la edad y en todo caso no hizo uso del derecho de retracto (expediente digital, archivo 17 fls. 3 al 40).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Aceptó el natalicio de la actora y su edad, que actualmente está afiliada a Porvenir, que no está pensionada, la petición y su respuesta. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. En defensa de sus intereses, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, toda vez que la actora suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación, con el lleno de los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para la época (expediente digital, archivo 21 fls. 3 a 22).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de agosto de 2022 (expediente digital, documento 31), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional realizado por La señora demandante Mercedes Jiménez Moyano con la AFP Colpatria hoy Porvenir el 14 de enero de 1999, contenida en el formulario No. 0132960.

SEGUNDO: ORDENAR a Porvenir S.A., a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante Mercedes Jiménez Moyano, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la demandante desde 1999 fecha del traslado, tales como porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede a Porvenir término de treinta (30) días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, debe presentar un informe discriminando cada uno de los conceptos objeto de devolución debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes, valores de los descuentos de los aportes pensionales y su indexación y demás información relevante que los justifiquen con el fin de evitar controversias con posterioridad a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la demandante desde su afiliación inicial al dicho régimen de prima media.

QUINTO: Se declaran no probadas las excepciones propuestas por la Colpensiones y Porvenir en sus contestaciones dadas las resultas del proceso.

SEXTO: Las costas son a cargo de Colpensiones y Porvenir y las agencias en derecho se tasan a favor de la demandante en 2 salarios mínimos mensuales legales vigentes, a la fecha del pago, a cargo de cada uno de los fondos demandados.

SÉPTIMO: Ordénese la consulta de esta sentencia a favor de Colpensiones como entidad garantizada por la Nación y a fin de que el superior revise la legalidad de lo decidido.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara y completa y con ello falto a su deber de asesoría y transparencia lo que conduce a declarar la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones S.A. imploró revocar la decisión al señalar que es improcedente declarar la ineficacia, en atención a que la demandante no aportó al proceso pruebas documentales que dieran cuenta de la presunta falta de información por parte de la AFP. Además, que el traslado se realizó con plena voluntad y libertad materializada con la suscripción del formulario. Asimismo, que no es beneficiaria del régimen de transición. Arguyó que la declaratoria de ineficacia atenta contra el principio de sostenibilidad financiera, pues el régimen de prima media tendrá que recibir como afiliada a la demandante quien no ha efectuado cotizaciones al fondo común. Rechazó la condena en costas. Finalmente solicitó de confirmarse la decisión ordenar a la AFP devolver la totalidad de recursos sin descuento alguno.

La AFP Porvenir S.A imploró revocar la sentencia al argumentar que el traslado se efectuó en uso de la libre selección, por tanto, la AFP no podía rechazar la solicitud, debía tramitarla y aceptarla. Arguyó que conforme al interrogatorio de parte el motivo para retornar a prima media es el monto de la mesada pensional. Rechazó el traslado de gastos administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje de garantía de pensión mínima, pues estos valores fueron descontados por mandato legal y mantuvieron cubierta a la actora frente a los siniestros de invalidez o muerte. Asimismo, los gastos de administración retribuyen a la buena gestión de la AFP. Finalmente, aseguró haber informado de manera masiva a través de informes de prensa, sobre la posibilidad de retornar a prima media antes de estar incurso en prohibición legal.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, la promotora del juicio se afilió al ISS el 24 de enero de 1991 (expediente digital, archivo 01 fls. 35), migró al RAIS, administrado por Colpatria el 1 de marzo de 1999, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital archivo 01 fl. 71), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES; MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO AL FONDO DE PENSIONES COLPATRIA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y SOLICITE EL TRASLADO DE LOS VALORES QUE TENGA DERECHO DE LA ANTERIOR ENTIDAD ADMINISTRADORA. ASÍ MISMO, DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente, se trasladó a Horizonte el 29 de septiembre de 2000 y a partir del 1 de enero de 2014 y en adelante a la AFP Porvenir S.A. conforme a certificado emitido por Asofondos (expediente digital, archivo 01 fl. 69).

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante señaló que estuvo afiliada desde 1980 en la Caja de Seguridad Social de la Alcaldía de Cajicá, después empezó a cotizar en el Instituto de Seguros Sociales. Refirió que para la época del traslado llegó un asesor de Colpatria y le informó que el Seguro Social se iba a acabar y que todas las semanas cotizadas a prima media se iban a perder, empero si se trasladaba de manera inmediata al fondo privado, serían trasladadas. Refirió que el formulario de afiliación lo diligenció el asesor, y ella se limitó a firmarlo de manera voluntaria, convencida de lo prometido. Señaló que no le informaron sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen. Informó que en el

2018 se acercó a las oficinas de Porvenir y le informaron que su mesada sería de un mínimo. Refirió que en el 2012, la Alcaldía de Cajicá solicitó el retorno a Colpensiones, pero fue negado por estar incurso en prohibición legal en razón de la edad. Adujo que recibe extractos. Admitió que la motivación para retornar a prima media es el monto de la mesada pensional.

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

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

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

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

declaró la ineficacia de la afiliación o el traslado, para declarar únicamente la última, porque este es el acto de vinculación inicial al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta al deber de información al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

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

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de

la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

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

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, recibir recursos de Porvenir y reconocer la pensión de vejez al actor. En consecuencia, la sentencia será adicionada para imponer esta condena.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de agosto de 2022, únicamente en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad., conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 09 2021 00261 01
DEMANDANTE: MARTHA LILIANA PINEDA BOCANEGRA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de agosto de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare «*ineficaz la afiliación*» al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, a la AFP trasladar a Colpensiones la información y dineros aportados como si el traslado nunca se hubiese realizado. Asimismo, se disponga a las demandadas a pagar los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 1 de febrero de 1963 y cumplió 57 años en el 2020, se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 15 de marzo 1991, cotizó 107 semanas. Se

trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. desde abril de 1995 y hasta la actualidad. Refirió que el fondo, previo a la vinculación no le informó sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional. Arguyó que de acuerdo informó Porvenir solamente puede aspirar a la garantía de pensión mínima siempre que continúe cotizando hasta los 61 años. Indicó que solicitó a las demandadas el retorno al RPM, pero fue negado (expediente digital, archivo 01 fls. 52 a 66).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Admitió el natalicio de la actora y su edad, el traslado de régimen, la solicitud de traslado y la respuesta negativa. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. En defensa de sus intereses, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, toda vez que la actora suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación, con el lleno de los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para la época, (expediente digital, archivo 03 fls. 1 a 22).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora y su edad, la afiliación al ISS el número de semanas cotizadas y la reclamación administrativa. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, *«inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política)»*, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y las demás declarables oficiosamente. Alegó que la demandante no acreditó los supuestos fácticos para la declaratoria de

ineficacia del traslado. En adición eligió libremente el régimen al cual pertenecer (expediente digital, archivo 06 fls. 1 al 18).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 4 de agosto de 2022 (expediente digital, documento B5), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Martha Liliana Pineda Bocanegra, entre el Régimen Prima Media administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por Porvenir, el 16 de marzo de 1995.

SEGUNDO. CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Martha Liliana Pineda Bocanegra, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. CONDENAR a Colpensiones a recibir de Porvenir, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas.

CUARTO. COSTAS. Lo serán a cargo de Porvenir Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

QUINTO. De no ser apelado remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara y completa y con ello faltó a su deber de asesoría, lo que conduce a declarar la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones imploró revocar la sentencia al argumentar que no se demostró configuración de vicio del consentimiento o dolo pues la actora no contaba con una expectativa legítima para acceder al derecho pensional

ya que no es beneficiaria del régimen de transición y debe ajustarse al régimen en el que se encuentra afiliada actualmente, esto es en el RAIS. Así mismo expuso que la inconformidad con el monto de la mesada pensional no constituye prueba de que al momento del traslado la actora haya sido engañada. Señaló que para la época del traslado los fondos solo tenían la obligación de informar sobre las condiciones. Además refirió que la actora fue descuidada y desinteresada al seguir cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria.

La AFP Porvenir S.A. aspira que se revoque la sentencia dado que el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, no se puede aplicar de manera homogénea a todos los casos y en el presente no opera por cuanto, la demandante contó con la debida asesoría sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS, a más, suscribió y firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación, admitió conocer los requisitos exigidos para pensionarse en este fondo. Expuso que cumplió con el deber de brindar información al amparo de las exigencias legales vigentes para la época del traslado y que la demandante faltó a su deber de consumidor financiero, así mismo que todas las actuaciones de la AFP han sido precedidas de la buena fe.

De otro lado, alegó que no es viable ordenar la devolución de los rendimientos, pues estas sumas generadas en el RAIS no pueden ser trasladadas con cargo a los recursos del fondo privado, que apenas ha actuado como agente oficioso. Así mismo, rechazó la orden de devolución de los gastos de administración porque estos recursos no integran el capital para financiar la prestación, además compensan la gestión de administración que generó rendimientos en la cuenta individual de la accionante. Finalmente, rechazó la condena en costas.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, la promotora del juicio se afilió al ISS el 15 de marzo de 1991 (expediente digital archivo 01 fl. 19 a 20), migró al RAIS, administrado por Horizonte el 16 de marzo de 1995, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital archivo 01 fl. 10), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCION DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA HORIZONTE S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente, se trasladó el 1 de enero de 2014 y en adelante a la AFP a Porvenir conforme a certificado emitido por Asofondos (expediente digital archivo 03 fl. 55).

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante señaló que es licenciada en educación preescolar que, para la época del traslado trabajaba en un jardín infantil, allí una madre de familia, asesora de Horizonte se le acercó y le informó que el ISS se iba a acabar y que en la AFP se pensionaría con un mejor monto. Señaló que no diligenció, ni leyó el formulario de afiliación, pero que lo firmó de manera voluntaria. No le informaron sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen. Aceptó que recibe extractos del fondo privado pero que no los entiende. Finalmente, que se siente vulnerada, pues al acercarse al fondo le informan que su pensión sería de \$900.000.

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

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

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

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

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias

utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Porvenir de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, trasladar recursos a Colpensiones. En consecuencia, la sentencia será confirmada en este punto.

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de agosto de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ Magistrada
ponente**

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 10 2018 00503 01
DEMANDANTE: RAÚL DAVID PEÑA PEDRAZA
DEMANDADO: BANCUNITED S.A.S

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de agosto de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de abril de 2007 hasta el 23 de junio de 2014. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar prestaciones sociales, compensación por vacaciones, dotación sanción por no consignación de cesantías, sanción moratoria, aportes a seguridad social y la indexación correspondiente. Así mismo, los demás derechos a los que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 1 de abril de 2007, celebró contrato de trabajo verbal a término indefinido con la demandada para desempeñarse como vendedor a su cargo tenía las funciones de barrer, trapear, limpiar vidrios y estanterías del establecimiento de comercio, realizar inventarios de las prendas de vestir que se comercializaban, cuidar que estas no fueran sustraídas por los clientes sin pagar, eventualmente

debía abrir y cerrar la tienda, encargarse de la caja y vender los artículos, las cuales adelantó en los locales de la demandada y con los elementos de propiedad de esta, en la jornada máxima legal e incluso en tiempo suplementario, generalmente ingresaba a la 1:00 p.m. y salía a las 9:00 p.m., prestaba servicios los sábados y en temporada decembrina de lunes a domingo. La asignación fue equivalente al salario mínimo legal mensual, pagadera a destajo, es decir una vez finalizada la jornada laboral, en el lugar de ejecución de las funciones, previa la suscripción de un comprobante o vale, del cual nunca le fue entregada copia, pero sí, se dejó asiento contable denominado “*por tercero – gasto*”.

Adujo que Vivian Paola Muñoz Sotelo – Vendedor Líder del punto ubicado en el Centro Comercial Gran Estación a quien conocía de tiempo atrás le informó de la vacante y lo vinculó. Mencionó que el administrador de cada tienda era quien le supervisaba, asignaba funciones, controlaba horario, concedía permisos era el administrador de la tienda. Indicó que recibió órdenes de Vivian Paola Muñoz Sotelo, Jhon Jairo Aros Burgos y Jefer Orlando Orjuela Villanueva. Sostuvo que debía estar disponible en todo momento, para cuando la demanda lo llamara a prestar servicio en los establecimientos de comercio ubicados en los centros comerciales Gran Estación, Santa Fe, Palatino, Unicentro, Portal 80, entre otros.

Aseguró que la relación terminó el 23 de junio de 2014, por renuncia voluntaria, luego de haber prestado servicios continuos e ininterrumpidos por más de siete años. De otra parte, en respuesta a fallo de tutela emitido por el Juzgado 21 Penal Municipal de Conocimiento de Cali, proceso 2016 – 00159, la demandada informó que no era procedente emitir certificación laboral como quiera que no existió relación de trabajo, sino la prestación esporádica de servicios (fls. 60 a 77).

Al contestar la demandada se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió que no canceló prestaciones sociales ni vacaciones, también que el actor radicó derecho de petición que fue contestado en virtud de decisión de tutela. Manifestó no ser ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho del demandante al reconocimiento de prestaciones sociales y a cualquier otra acreencia laboral por inexistencia de relación laboral, inexistencia de obligación de pago de prestaciones sociales por no haber

ostentado la calidad de empleadora del demandante, cobro de lo no debido, pago total de los derechos económicos que le podrían corresponder al demandante por la prestación de los servicios ocasionales y esporádicos prestados, inexistencia de subordinación y dependencia en la prestación de servicios del demandante, prescripción y/o caducidad, buena fe y las demás declarables oficiosamente. En su defensa manifestó que no suscribió contrato de trabajo con el actor quien, por demás, no aportó elemento probatorio que demuestre la existencia de un vínculo laboral. Manifestó que desconoce la autenticidad y validez de los documentos allegados con la demanda. Admitió que el actor prestó apenas servicios de manera esporádica (fls. 91 a 98).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 20 de agosto de 2020, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre Raúl David Peña Pedraza y la Sociedad United S.A.S. existieron dos contratos de trabajo a término indefinido de carácter verbal el primero entre el 1º de abril de 2007 al 31 de enero de 2010 y el segundo entre el 1º de enero de 2013 al 17 de marzo de 2014, devengando un salario promedio para cada mensualidad y que terminó por renuncia del trabajador, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.

Se corrige este despacho, hace corrección al ítem primero en cuanto a que el contrato se devengó un salario promedio para cada mensualidad y en cuanto a que terminó por renuncia del trabajador de conformidad a la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Sociedad United S.A.S. a pagar al señor Raúl David Peña Pedraza los aportes a seguridad social a la entidad de seguridad en la cual se encuentra afiliado o este escoja en las condiciones que exija el fondo o administradora de pensiones y por los siguientes meses sobre el salario mínimo legal mensual vigente para los días que a continuación se señala

Año	2007	2008	2009	2010	2013	2014
SMLV	\$433.700	\$461.500	\$496.900	\$515.000	4589.500	\$616.000
enero		9	25	23	13	10
Febrero		8	7		9	12
Marzo		14	12		13	9
Abril	5	10	15		8	
Mayo	7	15	12		8	
Junio	17	14	19		15	
Julio	10	23	25		12	
Agosto	8	26	30		2	
Septiembre	13	24	22		4	
Octubre	15	29	28		11	

Noviembre	12	25	23		8	
Diciembre	31	31	31		27	

TERCERO: Se declara probada parcialmente la excepción de prescripción de los derechos laborales correspondientes a cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicio, subsidio de transporte, indemnización de dotación. Lo anterior, teniendo en cuenta la prescripción establecida, así como la indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo e indemnización del artículo 99 numeral 3 Ley 50 de 1990. Se declaran prescritos los aportes a salud y riesgos laborales de conformidad con a lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Se condena en costas a la parte demandada. Tásense incluyendo como agencias en derecho la suma de \$800.000

Como sustento de su decisión, determinó que el actor demostró haber prestado servicios a la demandada pero solamente por días, en dos periodos, bajo una relación subordinada en la cual acató órdenes y como no probó la remuneración percibida tomó el salario mínimo legal diario para ordenar el pago de aportes a seguridad social en pensión, los cuales no están prescritos como quiera que están llamados a contribuir a la formación del derecho a la pensión que es imprescriptible. De otro lado, estableció que el fenómeno extintivo de la prescripción afectó las demás las acreencias fueron reclamadas. Determinó que entre 2010 y 2013, no fue probada la prestación del servicio, salvo en días en los que obra prueba documental, por lo demás no se demostró la prestación continua e ininterrumpida. Señaló que el extremo final no puede declararse con la renuncia pues no hay constancia de recibido, por tanto acudió a la fecha que muestran los documentos contables.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante apeló lo resuelto. Argumentó que están probados los extremos de la relación laboral desde el año 2007 hasta el 2014, dado que con los testimonios e interrogatorios se logró demostrar la prestación del servicio continua y sin interrupción en los años 2010 a 2013, pese a que no se aportó prueba documental de este periodo, por tanto debe darse aplicación a la presunción legal.

De otro lado adujo que la relación laboral finalizó en virtud de la carta de renuncia presentada el 23 de junio de 2014 y como este documento no fue tachado de falso tiene pleno valor probatorio y debe por tanto,

considerarse que hasta su presentación se extendió la relación laboral y en consecuencia, modificar la sentencia en cuanto declaró prescritas las acreencias laborales.

IV. CONSIDERACIONES

Con apego a lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, la Colegiatura aborda el estudio del recurso planteados por lo que corresponde dilucidar en primer término si entre las partes existió una relación laboral ininterrumpida desde el 1º de abril de 2007 hasta el 23 de junio de 2014, para luego verificar si ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción.

Sea lo primero señalar que la parte demandada no se opuso a la declaración de existencia de dos contratos de trabajo, el primero desde el 1º de abril de 2007 al 31 de enero de 2010 y el segundo del 1º de enero de 2013 al 17 de marzo de 2014, por lo que corresponde a la Colegiatura analizar únicamente si en los periodos comprendidos entre el 1º de febrero de 2010 al 31 de diciembre de 2013 y desde el 18 de marzo de 2014 al 23 de junio de la misma anualidad el accionante prestó servicios a la demandada. Vale indicar desde ahora que en el recurso se reconoce que sobre estos periodos no obra documental, por tanto el estudio de la Colegiatura se centrará en los testimonios e interrogatorios de conformidad con la apelación.

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

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la

Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; CSJ SL 16528-2016, CSJ SL2480-2018 y CSJ SL2608-2019).

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

Ahora bien, de conformidad con el artículo 167 del Código de General del Proceso, el demandante tiene la carga de probar los supuestos fácticos de sus pretensiones. Por ello, si se alega la existencia de una vinculación laboral y solicita los derechos derivados de esta, debe demostrar al menos la prestación del servicio y las fechas entre las cuales ocurrió, para que el juez pueda determinar qué derechos le corresponde y su cuantía. Lo anterior, no es un asunto insustancial, pues de esto pueden derivarse diferencias muy significativas en cuanto al monto de las liquidaciones de cada prestación social, la prescripción que pudo afectar algunos de los derechos de los varios contratos, y así mismo el valor de las sanciones o indemnizaciones

Con el fin de demostrar la prestación personal en el periodo señalado el accionante solicitó decretar y practicar los testimonios de Clara Roció Matallana Bejarano, John Jairo Aros Burgos, Vivian Paola Muñoz y Jeffer Orlando Orjuela. Los dos primeros que no fueron escuchados por haber limitado la Jueza la práctica a los restantes.

La testigo Vivian Paola Muñoz manifestó que trabajó al servicio de la demandada como sabatina desde 2006 hasta febrero de 2007, después y hasta el 2010, se desempeñó como vendedora. Aseguró que fue la administradora de la tienda ubicada en el Centro Comercial Gran Estación desde marzo de 2007 hasta febrero de 2008. Conoció al accionante en otra empresa, lo llamó para trabajar en la tienda Tiket, trabajó con él y sabe que cuando ella salió, él continuó laborando con *Jefer*. Dijo que el actor era sabatino en horario de 8 horas y en ocasiones incluso en horas extras, pero si se requería también trabajaba entre semana, cuando había incremento en las ventas. Aseguró que el día se pagaba con base en el salario mínimo, al final de la jornada se hacía un vale y se gravaba en el sistema, los documentos contables se enviaban a Cali. Aseguró que el administrador de la tienda era el encargado de llamar al sabatino que no era vinculado mediante contrato. Señaló que con autorización de la jefe de tiendas el actor la reemplazó como administradora sabatina. Dentro de las funciones que ejecutó relacionó las de aseo de la tienda, atención al público y facturación esto que se enseñaba para cuando se llenaba la tienda.

El testigo Jeffer Orlando Orjuela, por su parte indicó que prestó sus servicios a la demandada 10 años desde junio del año 2006 hasta el 16 de junio del año 2016, inicialmente como asesor de ventas en la tienda de Unicentro, después fue ascendido y trasladado a la tienda de Gran Estación en la cual fue administrador y encargado, luego estuvo en diferentes tiendas como Portal 80 y Palatino en el mismo cargo. Aseguró que mientras fue administrador en Gran Estación desde junio de 2007 el demandante laboró como sabatino de manera fija y ocasionalmente días entre semana y en temporada de vacaciones y decembrina, pero sabe que desde antes trabajaba en esa tienda y le colaboraba a Viviana Muñoz. Informó que los sabatinos podían prestar servicios en varias tiendas y entre los administradores se colaboraban y compartían información, por eso sabe que el actor prestaba servicios. Expuso que dentro de las funciones del actor estaban las de atender al público, cuidar los enseres de la tienda, manejar la caja, limpiar los vidrios, asear la tienda barrer, trapear doblar la ropa, recibir pedidos de las bodegas principales, hacer inventarios, también fue responsable de la tienda como administrador algunas veces.

Refirió que en temporada de fin de año como aumentaban las ventas el actor prestaban servicios desde noviembre y aproximadamente hasta enero, esto por el tipo de producto que se comercializa y en esta temporada el periodo de servicio incluso se extendía, principalmente en las jornadas trasnochadoras o de Bogotá Despierta, refirió que para ausentarse de la tienda el actor debía contar con autorización y para ingresar los sábados a laborar llamaba para saber la hora de ingreso. Aseguró que el mismo entregó al demandante elementos para ejecutar sus funciones y una camiseta que lo distinguía como administrador.

Señaló que la contraprestación se le pagaba al finalizar cada día se registraba en el sistema y se diligenciaba un soporte escrito inicialmente una valera manual y luego se hacía un registro en el sistema bajo el concepto sabatino independientemente que prestara servicios en días entre semana. Preciso que el accionante se retiró de manera voluntaria y fue él quien le recibió la carta de renuncia en junio de 2014, cuando ambos trabajaban en la tienda del Centro Comercial Portal 80 y que hasta ese momento se realizaron todos los pagos correspondientes a los días laborados y desconoce la razón por la cual no aparecen esos movimientos en los registros contables, además dijo que envió la misiva de renuncia a la Directora de Tiendas Helena Rivera e informó que David no laboraría más, lo hizo porque «*David, era un recurso de siento, con el que contaban*» por eso estimó pertinente reportar la situación.

Al absolver interrogatorio de parte el accionante dijo que se vinculó a la demandada por intermedio de Vivian Muñoz, le indicaron el monto de la remuneración, pero no el tipo de contrato, tampoco que la prestación sería esporádica. Sabe que sus funciones eran las de confianza y manejo, pues podía administrar tiendas, lo que incluía encargarse de la caja y los vendedores, algunos de ellos sabatinos, por eso sabe que el pago se hacía al final del día, era una suma integral que no incluía auxilio de transporte y del cual se debía dejar un soporte. Confesó que no prestó servicios continuamente de lunes a viernes durante todo el periodo de vinculación, pero aseguró que siempre lo hizo los fines de semanas y en temporadas de promociones abril y octubre, y decembrinas laboraba todo el mes, en esta última incluso desde noviembre. Dijo que presentó renuncia escrita el 23 de junio de 2014 a su jefe Jefer Orjuela, porque había prestado servicios por

más de 7 años y consideró que era lo correcto, indicó que para ese momento prestaba servicios en la tienda de Palatino.

Por solicitud de la demandada fueron decretados y escuchados los testimonios de Diana Lorena Muñoz y Luz Helena Rivera, esta manifestó que presta servicios a la demandada desde 2005. Dijo que vio un par de veces al accionante, sabe que laboró como sabatino, pero no recuerda las fechas. Dijo que fue en 2013 fue jefe zona, por tanto sabe que el actor prestó servicios en la tienda Croquet del centro. Sabe que en 2014, prestó servicios, pero no sabe en qué tiendas. Dijo que el administrador para 2014 de la tienda Portal 80 era *Jefer*. Negó haber recibido de este, carta de renuncia del demandante. Informó que las condiciones para la contratación de sabatinos se limitaba a tener hoja de vida y afiliación a EPS, sus funciones estaban limitadas a la atención a los clientes, no tiene conocimiento que realizaran otras distintas a cargo exclusivo de los administradores y sabe a veces colaboraban limpiando vidrios, barriendo o trapeando también organizaban mercancía en la bodega.

Dijo que los sabatinos solamente estaban días continuos del 16 al 24 de diciembre, por lo demás rotaban por fechas, incluso en muchos fines de semana se les informaba que no debían asistir, al demandante en particular se le llamaba para informarle el día y la hora en que debía presentarse y el manifestaba si tenía o no disponibilidad y cuando estaba en la tienda debía pedir permiso al administrador para ausentarse. Aseguró que se le entregaba una camiseta para ejecutar sus funciones y la remuneración se pagaba al finalizar la jornada, se le hacía un vale que se registraba en los soportes de la tienda.

Del análisis conjunto de los medio de convicción antes relacionados estima la Sala que no es posible determinar que el accionante prestó servicios a la demandada de manera continua, especialmente en los periodos comprendidos entre el 1º de febrero de 2010 al 31 de diciembre de 2013 y desde el 18 de marzo de 2014 al 23 de junio de la misma anualidad.

Ello es así por cuanto el testigo Jefer Orlando Orjuela, quien prestó servicios a la demandada por espacio de 10 años hasta el 2016, aseguró haber sido administrador de las tiendas ubicadas en Gran Estación, Portal 80 y Palatino y haber requerido de los servicios del demandante como

sabatino y que estos eran permanentes; no obstante, aseguró que los sabatinos podían prestar servicios en diferentes tiendas y su dicho se corrobora con los informes contables traídos por la demandada, en los que se puede verificar que el actor en una misma semana servicios en Palatino un día y al siguiente incluso entre semana en Portal 80 (expediente digital carpetas 15, 17 y 19). Por tanto, su dicho no alcanza para tener por demostrada la continuidad, pues tan solo le constarían los días en que el actor laboró en la tienda que él dirigía.

Ahora el testigo aduce que dejó registro de los pagos que se hacían al finalizar la jornada, sin embargo, en los varios reportes traídos por United S.A.S. no se verifican pagos en el periodo que ahora ocupa la atención de la Sala. Por otro lado, aunque este deponente asegura que recibió la carta de renuncia del trabajador en la tienda de Portal 80, esto difiere de lo manifestado por el propio demandante quien aseguró que para la época laboraba, pero en la tienda de Palatino. A más resulta contradictorio con lo indicado por la testigo Luz Helena Rivera, quien aseguró nunca haber recibido misiva de renuncia remitida por Jefer Orlando Orjuela. Ahora esta testigo, además informó que fue en 2013, fue jefe zona y por ello sabe que el actor prestó servicios en la tienda Croquet del centro y que en el 2014, también lo hizo, pero no recordó en qué lugar, empero, el accionante no mencionó haber laborado en este sector, sino en los locales ubicados en Palatino y Portal 80.

Por otro lado, Vivian Paola Muñoz manifestó que trabajó al servicio de la demandada hasta febrero de 2007, después y hasta el 2010 como vendedora. Por su parte la testigo Diana Lorena Muñoz ni siquiera conoció al actor, razón por la cual su dicho no ofrece ninguna luz para determinar la prestación del servicio que se estudia, tampoco la renuncia.

No pasa por alto la Sala que a folios 30 a 36, el actor aportó lo que parecen ser impresiones de pantalla de algún sistema de registro contable, empero no hay manera de determinar que provienen de la demandada, este que en todo caso los desconoció.

Así las cosas, aunque pueden existir indicios que el actor prestó servicios desde el 1º de febrero de 2010 al 31 de diciembre de 2013 y desde

el 18 de marzo de 2014 al 23 de junio de 2014, la Sala no cuenta con elementos de convicción que le permitan determinar, los días en que ello efectivamente sucedió para establecer las condenas, como quiera que al operador judicial no le es dable hacer suposiciones o estimaciones, pues sus decisiones deben estar fundamentadas en hechos demostrados, resulta forzoso confirmar la sentencia, pues el demandante faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso y la Seguridad Social aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social ya que no logró demostrar que prestó servicios de manera continua en los lapsos varias veces señalados, tampoco que lo hizo hasta junio de 2014.

Este último aspecto resulta relevante, pues no hay lugar a modificar la prescripción declarada en primera instancia, como quiera que el último día de prestación de servicios demostrado corresponde al 17 de marzo de 2014 (carpeta 16 fl. 8); la reclamación al empleador fue enviada el 24 de marzo de la misma anualidad, esto es, superado el término trienal previsto en los artículo 488 del Código Sustantivo de Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social (fls 44 a 50).

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de agosto de 2020 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 15 2019 00765 01
DEMANDANTE: MARLI ALEXANDRA ESCOBAR
DEMANDADO: S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo que terminó por causas imputables a la empleadora. En consecuencia, se condene a la demandada a reintegrarla a su puesto de trabajo teniendo en cuenta las recomendaciones de salud ocupacional y amparar los múltiples tratamientos médicos a los que está actualmente sometida, a pagarle sin solución de continuidad salarios, indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Se ordene a la demanda abstenerse de despedirla en cuanto subsistan las patologías tratamiento médicos. Se disponga una nueva valoración por parte de la Junta Regional y se ordene a la demandada pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 12 de agosto de 2012, suscribió con la demandada contrato de trabajo por duración de la obra o labor, para desempeñarse como Operario 1, en horario de lunes a sábado de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., percibió como último salario la suma de \$824.116.

Refirió que el 8 de mayo de 2013, sufrió accidente de trabajo cuyo diagnóstico fue contusión rodilla y desgarró de meniscos que le obligaron a asistir a constantes controles, terapias, exámenes médicos y a someterse a una intervención quirúrgica denominada reconstrucción de sinovectomía de rodilla total por artroscopia, remodelación de menisco media y lateral por artroscopia, cirugía que ameritó la prescripción de incapacidades, pero que no representó mejoría alguna, por tanto, en la actualidad usa bastón. Sostuvo que la ARL Colpatria emitió concepto médico e impartió recomendaciones médicas hasta el 01 de enero de 2014, las que continuaron vigentes incluso al 10 de julio de 2015. Indicó que el 25 de febrero de 2015 la EPS Cafesalud remitió a la empleadora recomendaciones laborales, con lo cual se corrobora el pleno conocimiento del estado de salud por parte de la EPS.

Expuso que en adición presenta cuadro clínico de masa en su seno izquierdo con dolor y secreción amarilla y dolor crónico progresivo de columna lumbar y en su historia clínica de fecha 25 de junio de 2018, se evidencia que es paciente con lesión osteoarticular con limitación funcional. Adujo que estos padecimientos le generaron problemas en su lugar de trabajo.

Mencionó que fue despedida sin consideración a su estado de salud el 9 de julio de 2019 y bajo el argumento que la obra para la cual fue contratada finalizó el 30 de junio de 2016, que el contrato no se había dado por terminado mientras superaba su condición médica, que la pérdida de capacidad laboral fue determinada en un 0.00% y para la data no contaba con recomendación médica alguna.

Expuso que olvidó el empleador que en el mismo dictamen se estableció que padece condromalacia de rótula – derecha que se traduce en enfermedad en pleno tratamiento. Explicó que esta patología es una lesión degenerativa que afecta al cartílago de la superficie articular de la rótula, es la inflamación de la parte inferior de la rótula y reblandecimiento del cartílago que tiene como función evitar la fricción entre el fémur y la rótula. Aduce que este padecimiento fue el que realmente motivó su despido (fls.6 a 40)

Al contestar, la demandada se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la suscripción del contrato por obra o labor, el horario, el salario devengado, la prescripción de recomendaciones médicas con ocasión del accidente de trabajo, que se extendieron hasta el 10 de julio de 2015, el conocimiento sobre el estado de salud de la trabajadora, la terminación de la obra o labor contratada, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral determinado por la Junta Regional y el contenido del dictamen. De los demás dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral a cargo de mi representado y a favor del demandante y falta de litis consorcio necesario por pasiva.

En defensa de sus intereses manifestó que es una empresa de servicios temporales autorizada para suministrar trabajadores en misión. Señaló que para la época en que finalizó la obra o labor para la cual fue contratada la accionante no había finalizado el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral y estaba bajo recomendaciones médicas por dolencias en su rodilla derecha, por tanto fue reubicada en las oficinas de planta para realizar apoyo administrativo en diferentes procesos, donde no logró adaptarse ni cumplir las expectativas mínimas de las funciones asignadas, por tanto fue enviada a prestar servicios a la Fundación San Pedro Claver a la cual apoya en labores administrativas de forma gratuita. Allí prestó servicios hasta junio de 2019, época para la cual estaba en firme la calificación con porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 0% y no tenía prescrita incapacidad, ni recomendación alguna.

Por auto del 14 de mayo de 2021, se dispuso vincular en calidad de litisconsortes necesarios a Hospital de Suba Nivel II E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud (fls. 380 y 381), que al contestar se opuso al éxito de las peticiones. Admitió la existencia y modalidad del contrato de trabajo. Propuso las excepciones previas de falta de jurisdicción y competencia e inepta demanda por falta de reclamación administrativa y las de mérito que denominó inexistencia de la calidad de empleado público

y de vínculo laboral, prescripción trienal de derechos y las demás declarables oficiosamente (fls 381 a 395).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 5 de noviembre de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción denominada inexistencia del derecho, y por ende se absuelve a S&A SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S. Y SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. de las pretensiones planteadas en el escrito de demanda, conforme se expuso.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: En caso de no ser objeto del recurso de apelación la presente decisión por parte de la demandante, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la aquí accionante.

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

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandante apeló lo resuelto al argumentar que es totalmente opuesta a los mandatos constitucionales. Señaló que fue despedida en razón de su estado de salud y encontrándose en estado de debilidad manifiesta. Alegó que con la historia clínica se demuestran los diagnósticos médicos que padecía y el tratamiento médico en el que se encontraba, por tanto se activa la presunción según la cual la terminación del contrato obedeció a sus dolencias y debe aplicarse la jurisprudencia de la Corte Constitucional que no exige demostrar la calificación de la pérdida de capacidad laboral, tampoco un porcentaje determinado o mínimo.

IV. CONSIDERACIONES

Con apego a lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, la Colegiatura aborda el estudio del recurso para definir para el momento en que terminó el contrato de trabajo la actora era sujeto de estabilidad laboral reforzada y si en consecuencia debe ordenarse su sin solución de continuidad.

Es verdad probada que las partes estuvieron vinculadas mediante contrato de trabajo por obra o labor contratada que se extendió desde el 12 de agosto de 2012 hasta el 9 de julio de 2019.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Paralelamente, el artículo 13 de la Constitución Nacional reconoce que el Estado tiene, en el marco de sus deberes, el de proteger

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV No es posible acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como elemento orientador en la materia, pues ha utilizado un criterio completamente distinto al concepto de estabilidad laboral reforzada. Sus fallos más recientes fundamentan su análisis en una norma ya derogada (Decreto 2463 de 2001 derogado expresamente por el Decreto 1352 de 2013), tal vez por la antigüedad de los casos, e ignoran los fundamentos legales y constitucionales vigentes pues, los

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

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

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

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

4.4. (...) El derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal sino que se funda razonablemente y de forma directa en diversas

disposiciones de la Constitución Política: en el derecho a “la estabilidad en el empleo” (CP art 53);[61] en el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva” (CP arts. 13 y 93);[62] en que el derecho al trabajo “en todas sus modalidades” tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de “condiciones dignas y justas” (CP art 25); en el deber que tiene el Estado de adelantar una política de “integración social” a favor de aquellos que pueden considerarse “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos” (CP art 47);[63] en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (CP arts. 1, 53, 93 y 94); en el deber de todos de “obrar conforme al principio de solidaridad social” (CP arts. 1, 48 y 95).[64]

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

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

1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.
2. La estabilidad ocupacional reforzada implica que el trabajador tiene el derecho a no ser desvinculado sino en virtud de justa

causa debidamente certificada por la oficina del Trabajo. No obstante, en los casos en que no exista dicha autorización, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la pretermisión del trámite ante la autoridad del Trabajo acarrea la presunción de despido injusto, empero, esta presunción se puede desvirtuar y en virtud de la inversión de la carga de la prueba le corresponde al empleador o contratante probar la justa causa para terminar la relación.

3. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Al amparo de lo expuesto, se verifica que la demandante aportó concepto médico de aptitud laboral emitido por la ARL Colpatria el 1 de noviembre de 2013 *«apto con recomendaciones»* en el cual se puede leer entre otras:

NO DEBE ADOPTAR POSICION DE RODILLAS O CUNCLILLAS
REALIZAR LABORES CON MANOS CON REQUERIMIENTOS LEVES DE FUERZA,
EVITANDO HALAR O EMPUJAR
ALTERAR POSTURA CEDENTE CON LA PIE MÍNIMO CADA DOS HORAS
CAMINAR PERMITIENDO PERIODOS DE DESCANSO CADA DOS HORAS
ALTERNANDO POSTURAS
EVITAR DESPLAZAMIENTOS HABITUALES POR TERRENOS IRREGULARES
EVITAR SUBIR Y BAJAR ESCALERAS U OTRAS SUPERFICIES EN FORMA
HABITUAL
SE RECOMIENDA LABORAR EN HORARIO DE 8 HORAS DIARIAS SIN HORAS
EXTRAS.
MANIPULACIÓN DE CARGA SIN ADECUADAS Y AYUDAS MECÁNICAS HASTA 8
kgs EIR AUMENTADO A TOLERANCIA.
LEVANTAMIENTO DE CARGA SIN ADECUADAS AYUDAS MECÁNICAS HASTA 8
kgs.
REALIZAR TERAPIA FÍSICA COMO PARTE DEL PROCESO DE REHABILITACIÓN
EXTENDER EL CUMPLIMIENTO DE ESTAS RECOMENDACIONES A LAS
ACTIVIDADES REALIZADAS FUERA DEL TRABAJO
CONTROL POR FISIATRÍA Y MEDICINA LABORAL

Aportó recomendaciones laborales emitidas por el área de medicina laboral de EPS Cafesalud el 25 de febrero de 2015, a la trabajadora, relacionadas con la postura, tiempos de permanencia y descanso en cada una de ellas, manipulación de cargas, actividad física, extensión a las actividades extra laborales y a la empresa le recomendó permitir a la

actora asistir a los controles médicos, adelantar inspecciones de seguridad y tomar medidas preventivas (expediente digital archivo 01 fls 84 a 90)

Allegó igualmente, concepto de aptitud medica emitido por AXA Colpatria el 10 de julio de 2015, según el cual la accionante era «*APTA PARA DESEMPEÑAR EL CARGO*» «*COMO PARTE DEL PROCESO DE REHABILITACION EL EQUIPO MÉDICO INTERDISCIPLINARIO DE LA ARL AXA COLPATRIA, CONSIDERA QUE CUENTA CON LA ADECUADA CONDICIÓN (CAPACIDADES SUFICIENTES) PARA RETORNAR A LABPORAR O CONTINUAR EN SU DESARROLLO LABORAL EN LAS ACTIVIDADES QUE LA EMPRESA LE ASIGNE*» para el efecto y atendiendo al accidente de trabajo sufrido el 20 de mayo de 2013, prescribió, entre otras, recomendaciones como alternar postura cedente con la de pie mínimo cada hora, mantener la posición de rodilla máximo 10 minutos cada 4 horas, realizar labores con manos con requerimientos moderados de fuerza. A más en el documento se le solicita aportar la historia clínica completa, reporte de accidente de trabajo, encuesta de rol laboral para proceder a la calificación de la perdida de la capacidad laboral (expediente digital archivo 01 fl 82).

Trajo al proceso historia clínica y exámenes diagnósticos así:

Fecha	Diagnóstico	Incapacidad	Folio Expediente digital. Archivo 01
08/05/2013	Otros traumatismos especificados de miembro inferior, nivel no especificado		76,78
06/09/2013	Procedimiento quirúrgico: sinovectomía de rodilla total por artroscopia y remodelación de menisco medial y lateral por artroscopia. Se prescribe control por consulta externa de ortopedia e incapacidad	20 días	92 a 94
25/09/2013	Incapacidad ARL Colpatria 26/09/2013 Contusión de la rodilla	7 días	104
23/09/2016	Anamnesis; masa en seno, dolor y secreción amarilla. Diagnóstico trastorno inflamatorio de la mama. Recomendación valoración por mastología, Control cirugía de seno y ginecología		108 a 118

27/09/2016	Disfonía, picos febriles, cefalea		120 a 124
21/05/2017	Resonancia magnética simple de rodilla derecha. <i>No se observan alteraciones en la señal de las estructuras óseas. No se identifican fracturas ni lesiones osteocondrales, los meniscos articulares tiene señal normal. No se identifican trazos de ruptura ni fragmentos meniscales desplazados. Hay tejido de fibrosis que hace contacto con el cuerno anterior de ambos meniscos y se localiza en el nivel del ligamento intermeniscal, trasverso anterior.</i>		84
22/06/2017	Ecografía cardiaca, resultado normal		192
04/07/2017	Procedimiento nasofibrolaringoscopia, desviación septal derecha. Laringitis crónica irritativa		222
27/07/2019	Electromiografía. Positiva para síncope vasovagal o neurocardiográfico		194 a 197
06/12/2017	Valoración médica laboral. Otros trastornos especificados de los discos intervertebrales. Asiste para recomendaciones		180 a 182
07/12/2017	Guardando el derecho a la intimidad se abstiene de indicar el diagnóstico médico. Recomendaciones médicas para la trabajadora y el empleador		
18/12/2017	Dolor crónico progresivo de columna lumbar. Cirugía: neurolisis de plejo lumbar. Lisis o resección de adherencias		126 a 130
18 de mayo de 2018	Paciente con antecedente de dolor torso lumbar crónico sin trauma aparente irradiado a región glútea y miembros inferiores de predominio izquierdo, limitación para la marcha. Actualmente manejado con medicina alternativa. Se emiten recomendaciones laborales relacionadas con la postura y manejo de carga		132 a 134
31/05/2018	Psicoterapia individual. Trastorno de ansiedad generalizado		238 a 240
25/07/2018	Consulta por psiquiatría		136 a 140
22/10/2018	Compresiones de las raíces y plexos nerviosos en trastornos de los discos intervertebrales. Terapia neural segmental. Se le recomiendan 3 etapas de 10 sesiones de acupuntura y terapia neural cada una. Diagnóstico trastorno de dolor permanente		142 a 145

	somatomorfo		
16/01/2019	Diagnóstico escoliosis lumbar depresivo		146 a 150
19/02/2019	Faringitis aguda no especificada, escoliosis no especificada, dolor crónico, polidipsia. Incapacidad médica 7 días	7 días	152 a 156
27/02/2019	Historia de fisioterapia, refiere que eta en control por accidente laboral en rodilla derecha, presenta dolor lumbar por hernia discal L4 L5. Se indica estudio de conducción nerviosa IMG de cuatro miembros. Restricciones: No realizar ejercicios repetitivos con miembros superiores e inferiores. No mantener posturas prolongadas de pie o sentada. No realizar actividades de alto impacto y no levantar peso mayor de 3 kilogramos		158 a 164
06/03/2019	Dolor crónico		166 a 168
23/04/2019	Diagnostico masa no especificada en la mama. Ecografía de mama con transductor. Ecografía pélvica transvaginal. Incapacidad por infección vías urinarias	3 días	170 a 174
25/04/2019	Diagnóstico fibromialgia. Consulta por primera vez especialista en medicina física y rehabilitación, prueba de caminata de 6 minutos. 20 terapia de rehabilitación cardiovascular		178
07/05/2019	Nódulos en seno izquierdo probablemente benignos y quistes simples en seno derecho		246
17/09/2019	Dolor somático nociceptivo crónico generalizado por fibromialgia - lumbalgia por espondiloartrosis, cefalea crónica, dolor neuropático crónico. Trastorno mixto de ansiedad y depresión		208 a 2016
18/09/2019	Ecografía trasvaginal, miomatosis uterina insipiente		248
24/09/2019	Fibromialgia		230
02/10/2019	Radiografía. Acortamiento del miembro funcional derecho 1.2 cm		250
08/10/2019	Mamografía negativa para proceso maligno evolutivo. Dos hallazgos benignos se recomienda complemento con ecografía por densidad mamaria.		244
7/11/2019	Hemorragia vaginal	1 día	2

La accionante también allegó dictamen emitido el 20 de septiembre de 2017, por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante el cual se confirmó el emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca del 14 de diciembre de 2016 para diagnóstico contusión de rodilla, originado en accidente de trabajo, pérdida de capacidad laboral 0%. La Junta Nacional con base en la historia clínica, las imágenes diagnósticas y la valoración practicada no encontró alteración alguna a pesar del dolor persistente, halló elementos degenerativos no derivados del accidente de trabajo (fls 198 a 205).

Al absolver interrogatorio de parte, el representante legal de la demandada señor Armando Gil Molina manifestó no conocer personalmente a la demandante, pero sabe que fue contratada para prestar servicios en el Hospital de Suba, por obra o labor contratada, la cual finalizó en el 2016, pero atendiendo a las condiciones de salud que presentada para esa época fue reubicada en las oficinas prestando apoyo en labores administrativas, empero *no logró adaptarse ni cumplió las expectativas que teníamos nosotros para que nos ayudara en las funciones asignadas*. Por lo anterior, fue reubicada en junio de 2017 en las instalaciones de la Fundación San Pedro Claver a la cual apoyaban con labores administrativas gratuitamente. Admitió que conocieron del accidente de trabajo, pero puso de presente que la pérdida de capacidad fue calificada con el 0%.

Al rendir declaración de parte la promotora del juicio manifestó que ingresó a laborar el 21 de agosto de 2012, mediante contrato por obra o labor. Expuso que en el 2013, sufrió accidente laboral cuando prestaba servicios en el Hospital de Suba consistente en que recibió un golpe en la rodilla que le ocasionó fractura, la cual derivó en intervención quirúrgica, pérdida de fuerza y musculatura. A más señaló que su estado de salud se ha deteriorado y es posible que le practiquen cirugías en el seno y útero, además tiene dos hernias discales. Expuso que después del accidente no fue reubicada, siguió prestando servicios en el hospital, hasta cuando le fue practicada la cirugía que la enviaron a prestar servicios al archivo de salud pública. Después fue desvinculada y la demandada apenas continuó sufragando los aportes a salud, hasta que el Ministerio dio la orden de

reintegrarla, en ese momento laboró en planta un año, en el archivo, contratación y selección y luego en 2017, fue enviada a la Fundación San Pedro Claver allí restó servicios hasta que le fue comunicada la terminación del contrato. Aseguró que la empresa le puso de presente que vínculo solamente se extendería hasta que estuviera bien de salud.

Confesó que le fue determinada pérdida de capacidad laboral del 0% por la ARL Axa Colpatria, dictamen confirmado por las Juntas de Calificación, pero puso de presente que sigue enferma y que no está 100% sana. También admitió que para la fecha en que terminó el vínculo no tenía incapacidades médicas, pero adujo que estaba en seguimiento por especialistas y que no se ha vuelto a someter a calificación de pérdida de capacidad laboral porque está pendiente de nuevas valoraciones por ortopedia y médico de seno.

Analizado en conjunto el acervo probatorio antes indicado, concluye el Tribunal que, si bien la actora sufrió un accidente de trabajo que le mereció la práctica de una intervención quirúrgica, tratamiento por fisioterapia y la prescripción de incapacidades médicas, la última de ellas, para septiembre de 2013 y además le fueron establecidos otros diagnósticos como desgaste de discos intervertebrales, fibromialgia y masa de mama, esta con pronóstico benigno, ninguna de ellas ameritaba para el 9 de julio de 2019 cuando finalizó el vínculo incapacidad médica tal como lo aceptó la accionante al rendir declaración de parte.

Además conforme a dictámenes emitidos por las juntas regional y nacional, la pérdida de capacidad laboral de la accionante es del 0% y aunque esta manifiesta que padece diversas patologías lo cierto es que según señaló no ha vuelto a ser calificada por padecimientos diferentes a los de la rodilla derecha ocasionados en el accidente de trabajo. Así las cosas, es claro que la actora no presentaba alguna condición de salud que le impidiera ejecutar las labores a su cargo, pues nada distinto se probó en juicio.

Vale destacar que la accionante fue vinculada mediante contrato por obra o labora contratada (fl 54) y prestó servicios a la demandada según consta en certificado de folio 50, en lo que importa al proceso así:

Ingreso	Retiro	Cargo	Tipo de contrato
21/05/2012	25/09/2016	Características físicas como trabajador en misión para el H de Suba Nivel II ESE	Obra o labor
26/09/2015	12/06/2017	Desempeñó labores administrativas en las oficinas de planta de S&A Servicios y Asesorías	Por obra o labor
13/06/2017	09/07/2019	Desempeñó labores en archivo y doblado de ropa en las instalaciones de la Fundación San Pedro Claver	Por obra o labor

Lo anterior permite concluir que la empleadora una vez la accionante sufrió el accidente de trabajo mantuvo la vinculación hasta el momento en que según se informa en la carta de trabajo no fueron prescritas recomendaciones médicas, circunstancia que no fue desvirtuada en juicio, así como tampoco que la reubicó en oficios acorde con su estado de salud y menos, como ya se vio que para el momento en que el vínculo terminó no estaba incapacitada, no tenía prescritas recomendaciones o padecía alguna patología que le permitiera ejecutar las labores encomendadas. Es más el dictamen de la Junta Nacional de Calificación con pérdida de capacidad laboral 0% fue emitido el 20 de septiembre de 2017 y la relación finalizo casi 22 meses después.

Ahora, la Colegiatura no pasa por alto que al rendir declaración de parte, la demandante manifestó que la empresa si prescindió de sus servicios y que fue con la intervención del Ministerio que fue reintegrada, empero tal circunstancia ni siquiera fue mencionada en el libelo introductorio.

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

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

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2021 por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

Radicación n.º 110013105 15 2019 00765 01.

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 017 2020 00409 01
DEMANDANTE: FRANCISCO JAVIER GALLEG0 AVELLANEDA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de agosto de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la «*nulidad*» o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A., y válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, ordenar a la AFP trasladar a Colpensiones todos los aportes, junto con los rendimientos, frutos, intereses y bono pensional si hubiere lugar a ello. Así mismo, a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 8 de febrero de 1955. Cotizó 777 semanas al régimen de prima media desde el 4 de octubre de 1972 y hasta el 31 de octubre de 1977. Indicó que en noviembre de 1997 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. y cotizó 961 semanas al RAIS hasta el 1 de octubre del 2016. Adujo que el fondo, previo a la vinculación no le informó sobre los requisitos, características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional. Arguyó que ha cotizado un total de 1.738 semanas al sistema general de pensiones. Señaló que en respuesta a petición elevada el 29 de julio de 2020 la AFP le informó que la fecha de efectividad de su traslado es 17 de septiembre de 1997 y le informó que la asesoría brindada al momento del traslado fue verbal y no cuentan con soportes, de igual forma le informó que a la edad de 65 años su mesada pensional sería de \$1'451.900. Refirió que la AFP no le entregó simulación pensional en prima media, sin embargo, de conformidad con proyección contratada de manera particular el valor de su pensión en Colpensiones ascendería a \$3'246.988 teniendo en cuenta en salario de los últimos 10 años cotizados. Finalmente, que reclamó el traslado de régimen a las demandadas, pero fue negado (expediente digital, archivo 01, fls. 4 al 19).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento del actor, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que los demás hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que el actor gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen y se trasladó de manera libre y espontánea al RAIS (expediente digital, archivo 01, fls. 92 a 115).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. De los hechos dijo que no le constan o no son ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que el

demandante se vinculó de forma libre y voluntaria producto de una decisión informada y materializó su intención con la suscripción del formulario, tal como disponía la ley para la época (expediente digital, archivo 01, fls. 142 a 172)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de agosto de 2022 (expediente digital, archivo 01, fls. 469 a 470), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento y prescripción, propuestas por las demandadas, en la forma expuesta en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado del señor Francisco Javier Gallego Avellaneda identificado con la cédula de ciudadanía.19.277.658, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, administrado por Porvenir S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que el demandante señor Gallego Avellaneda, se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, todo lo anterior según las consideraciones señaladas.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., trasladara Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación del demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo lo anterior con sus frutos e intereses, y devolver además los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, valores todos que deberán ser debidamente indexados al momento de su traslado, con cargo a sus propias utilidades y por el tiempo en que el demandante estuvo vinculado con esa entidad administradora de pensiones.

QUINTO: CONDENAR a Colpensiones a recibir el traslado de fondos que efectúe Porvenir S.A., a favor del demandante y a convalidarlos en la historia laboral correspondiente.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas. En firme esta sentencia, por secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una de ellas por valor de \$1'000.000 moneda corriente.

SEPTIMO: SE ORDENA la consulta de esta sentencia, a favor de Colpensiones, remítase el expediente al superior una vez concluya la presente diligencia.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios,

diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, si bien el actor tenía conocimiento de algunos requisitos pensionales en el RPM el fondo privado era quien tenía la obligación de explicarle las diferencias entre uno y otro régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Porvenir S.A. solicitó revocar la sentencia por cuanto la ignorancia de las leyes no sirve de excusa y una vez se promulga una, se presume que es conocida por todos los habitantes. Advirtió que la Corte Constitucional en la sentencia SU 130 del 2013, respecto de la ley 100 de 1993, estableció que el sistema de seguridad social integral comprende dos regímenes solidarios excluyentes que coexisten y por tratarse de un sistema obligatorio y norma de orden público, por tanto las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones están definidas por la norma, sin que las partes puedan pactar condiciones ajenas al precepto normativo. Alegó que el demandante debía conocer la ley y las características de cada régimen antes de trasladarse, además la falta de educación en materia pensional no es una excusa válida para desconocer la normatividad vigente y las implicaciones del traslado pensional.

Sostuvo que los cobros adicionales por gastos de administración y seguros previsionales también habrían sido descontados en prima media. Señaló que estos recursos no integran el capital con el que se financiará la pensión, por ello, son susceptibles de prescribir. Alegó que la Superintendencia Financiera de Colombia, estableció que no es procedente la devolución de los seguros previsionales pues la aseguradora cumplió con cubrir los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la póliza. De otro lado, aseguró que las cuotas de administración compensaron la buena gestión de la AFP y su traslado generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. Solicitó autorizar a Porvenir de realizar descuentos de las restituciones mutuas a que haya lugar.

Por su parte, Colpensiones solicitó revocar la decisión frente a la condena en costas al argumentar que esta condena es improcedente por ser Colpensiones un tercero de buena fe, asimismo solicito no ser gravada en costas en segunda instancia. Finalmente, adujo que el demandante está incurso en prohibición legal para retornar a prima media en razón de la edad.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió al ISS, el 4 de octubre de 1972 (expediente digital, archivo 01, fls. 280 a 283) migró al RAIS, a través de la administradora Porvenir S.A. el 17 de septiembre de 1997, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 01, fl. 208), en el que se puede leer:

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

Posteriormente, se trasladó horizontalmente el 1 de abril del 2000 a Colpatria, a Horizonte el 29 de septiembre del 2000 y a partir del 1 de

enero del 2014 y en adelante a la AFP Porvenir S.A., conforme certificación expedida por Asofondos (expediente digital, archivo 01, fl. 206).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la época del traslado a su lugar de trabajo llegó un asesor de Porvenir le informó que el Seguro Social se iba a acabar y que en el RAIS se pensionaría de manera anticipada, asimismo que podía negociar un monto de su pensión entre uno y dos millones de pesos mensualmente hasta que se acabaran los recurso de su cuenta de ahorro individual o le devolverían la totalidad del dinero ahorrado, a él o a su esposa. Adujo que el promotor del fondo diligenció el formulario de afiliación y él de manera libre y voluntaria lo firmó. Señaló que no fue informado sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen previo al traslado. Arguyó se trasladó horizontalmente a Colpatria porque los asesores indicaron que este tenía mayor respaldo por ser un banco. Refirió que se acercó a las oficinas de Porvenir allí le indicaron que cuando cumpliera 62 años y demás requisitos accedería a la pensión, igualmente que estaba en trámite su bono pensional. Aseguró que presentó la demanda porque que no puede seguir esperando los tiempos de la AFP por ser muy tardíos ya que está *aguantando hambre*. Arguyó que se acercó a oficinas de Colpensiones y le hicieron proyección pensional. Admitió que la motivación para retornar a prima media es el valor de la mesada pensional.

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

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo

privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021), el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019).

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

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

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

Por tanto, Porvenir S.A., deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021).

Por ello, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a la demandada Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues se declaró la inejecución del traslado, se ordenó a la administradora recibir al actor y acreditar como semanas cotizadas los recursos trasladados. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó a Colpensiones a pagar las costas del proceso.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de agosto de 2022, en el sentido de indicar que al cumplir la orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 018 2019 00724 **01, 02, 03**
DEMANDANTE: NOHORA ISABEL ROA SÁNCHEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

La Sala decide, en primer lugar, el recurso de apelación que interpuso la parte demandada AFP Porvenir S.A. contra el auto del 6 de agosto de 2021, a través del cual se decidió una excepción previa. Paralelamente, también se resuelve el recurso de apelación que interpuso la parte demandada AFP Protección S.A. contra el auto del 6 de agosto de 2021, a través del cual se decidió no vincular a un tercero. Posteriormente, el recurso de apelación que interpuso la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de agosto de 2021.

PROVIDENCIA

La Sala decide los recursos de apelación **i)** interpuesto por la parte demandada AFP Porvenir S.A. contra el auto del 6 de agosto de 2021, a través del cual se decidió una excepción previa y **ii)** interpuesto por la parte demandada AFP Protección S.A. contra el auto del 6 de agosto de 2021, a través del cual se decidió no vincular a un tercero.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende de manera principal que se declare *nula la afiliación* al régimen de prima media con prestación definida (RPM) a través de la AFP Protección, así como de los traslados horizontales efectuados en Porvenir y Old Mutual y tenerla como válidamente afiliada a Colpensiones. En consecuencia, condenar a las AFP Protección S.A., Old Mutual y Porvenir a registrar en sus sistemas de información que la afiliación es nula. Condenar a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a que hubiere lugar. A la última a activar su afiliación en pensión. Se disponga a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso. De manera subsidiaria pretende se condene a Porvenir a pagar la pensión de vejez equivalente a la que hubiese sido reconocida por Colpensiones de manera retroactiva.

En respaldo de sus peticiones, narró que nació el 5 de octubre de 1961. Se afilió al régimen de prima media a través del ISS, el 5 de noviembre de 1982 y cotizó 415 semanas allí. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colmena hoy Protección el 4 de marzo de 1996, cuando contaba con 34 años de edad. Adujo que un asesor de la AFP le indicó que sus aportes pensionales estaban en riesgo al permanecer en el ISS pues esta entidad afrontaba problemas económicos, entre tanto en el RAIS obtendría una mesada pensional más alta. Refirió que Protección no le brindó información completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas, las consecuencias del cambio, tampoco le informó sobre la posibilidad de retornar a prima media.

Señaló que al conseguir un nuevo trabajo se trasladó en abril de 1999 a Colfondos entidad a la que cotizaba la empresa. Posteriormente, retorno a Colpensiones en 1999 allí permaneció hasta septiembre 2002. Luego, se trasladó a Porvenir, cuando contaba con 41 años, este último fondo no le informó sobre el derecho de retornar antes de cumplir 47 años, tampoco sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen. Arguyó que se trasladó a Old Mutual el 9 de marzo de 2005, con 43 años, entidad que tampoco le informó sobre el derecho de retracto, ni brindó asesoría de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales.

Se trasladó a Porvenir el 16 de diciembre del 2005, sin recibir asesoría previa al traslado, tampoco se le realizó proyección pensional. Adujo que Colpensiones no realizó asesoría tendiente a informar sobre las consecuencias del traslado de régimen. Señaló que el 21 de noviembre del 2018, solicitó reconocimiento y pago de pensión la cual fue reconocida por Porvenir el 26 de junio del 2019 en cuantía de \$828.116. Arguyó que según asesoría particular su mesada en Colpensiones ascendería a \$1'496.019. Señaló que solicitó a las demandadas la anulación de la afiliación al RAIS y el retorno de régimen empero fue negado. Finalmente, que elevo consulta ante la Superfinanciera sobre el deber de información en cabeza de las AFP (expediente digital, archivo 01 fls. 4 al 16)

Luego del trámite de notificación, la AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que los hechos no son ciertos o no le constan. Propuso la excepción previa de inepta demanda por falta de integración del litisconsorcio necesario (Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público) y las de mérito que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la demás declarables oficiosamente.

Posteriormente, se programó audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

II. DECISIONES APELADAS

En audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, llevada a cabo el 6 de agosto de 2021, el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de esta ciudad, **i)** declaró no probada la excepción previa inepta demanda por falta de integración del litisconsorcio necesario, respecto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, además en la etapa de saneamiento, **ii)** resolvió negar la vinculación de la AFP Colfondos S.A.

De cara a la excepción previa, apoyó su decisión en que el litis consorcio necesario solo versa cuando la decisión, por su naturaleza, no sea posible resolver de fondo sin la intevencion de todas las partes. Aclaró que

la figura no opera cuando esta condicionada a la pluralidad de sujetos que integran una circunscripción acontecida. Preciso que la no comparecencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no constituye un obstáculo para emitir pronunciamiento de fondo respecto a la solicitud de nulidad o ineficacia de traslado. Manifestó que el fallo independiente de cual sea el sentido, no debe emitir ninguna orden contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues la misma solo se dirige contra el fondo que administra el régimen de ahorro individual y contra Colpensiones como garante del régimen de prima media y prestación definida.

De otro lado, respecto a la medida de saneamiento de vinculación de la AFP Colfondos S.A., argumentó que en los procesos de ineficacia de traslado se debe analizar el momento mismo inicial de traslado, y como quiera que la AFP Colfondos S.A. no intervino en el traslado de la actora y tampoco es donde se encuentra afiliada la promotora en la actualidad, no es necesaria su vinculación.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

De cara a la decisión de la excepción previa, la parte demandada AFP Porvenir S.A. presentó recurso de apelación con el fin de revocar el auto objeto de alzada. Para ello, señaló que dado el carácter de que la demandante se encuentra pensionada, se hace necesaria la integración del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como quiera que se emitió un bono pensional que financia la prestación económica.

Respecto a la decisión que resolvió la medida de saneamiento de vinculación de la AFP Colfondos S.A., la demandada AFP Protección S.A. presentó recurso de apelación con el fin de revocar el auto objeto de alzada. Manifestó que se hace necesaria la presencia de todos los fondos que intervinieron en el proceso de traslados de la demandante.

IV. CONSIDERACIONES

- i) Excepción previa por falta de vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.**

Conforme al numeral 3º del artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el auto que resuelva las excepciones previas es apelable. En tal virtud, la Sala debe dilucidar si en este caso resulta necesaria la vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de conformidad con el artículo 61 del Código General del Proceso.

Sobre el particular, el artículo 61 del Código General del Proceso dispone que: *“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado (...)”*.

En consecuencia, esta figura se presenta cuando por la naturaleza del asunto o por disposición legal, las relaciones jurídicas estudiadas en el trámite procesal no pueden ser decididas sin la comparecencia de todas las personas interesadas.

En el presente caso se observa que las pretensiones de la demanda van encaminadas a que se declare nula la afiliación al régimen de prima media con prestación definida (RPM) a través de la AFP Protección, así como de los traslados horizontales efectuados en Porvenir y Old Mutual y tenerla como válidamente afiliada a Colpensiones. En consecuencia, condenar a las AFP Protección S.A., Old Mutual y Porvenir a registrar en sus sistemas de información que la afiliación es nula. Condenar a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a que hubiere lugar. A la última a activar su afiliación en pensión. Lo cual guarda consonancia con la fijación del litigio efectuada en audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

De conformidad con el petitum de la demanda, estima la Sala que en el presente asunto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no es litis

consorcio necesario de la demandada, porque la cuestión a decidir, versa sobre relaciones, situaciones y actos jurídicos que pueden ser resueltas de fondo sin su intervención, pues la parte actora no pretende ninguna exigencia u obligación contra dicha Entidad, máxime que se debaten circunstancias de afiliación y traslado, en las cuales no tuvo ninguna injerencia la mencionada Entidad pública.

Por tal motivo, se confirmará el auto objeto de reparo.

ii) Auto que negó vinculación de la AFP Colfondos S.A.

Conforme al numeral 2º del artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el auto que resuelva sobre la intervención de terceros es apelable. En tal virtud, la Sala debe dilucidar si en este caso es necesaria la vinculación de la AFP Colfondos S.A.

Al respecto, se verifica que la AFP Colfondos S.A. no tuvo injerencia dentro de los trámites de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia, el traslado de régimen, y tampoco corresponde a la AFP en la que se encuentra afiliada la accionante en la actualidad, de modo que dicho fondo de pensiones no tiene actividad dentro de la circunstancia de traslado de régimen que se debate en el presente proceso. En otras palabras, si bien existe un traslado horizontal a la AFP Colfondos S.A. dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cierto es que el objeto de litigio corresponde a la verificación de una presunta *nulidad o ineficacia* al momento del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, circunstancia en la que no participó de ninguna manera el fondo de pensiones AFP Colfondos S.A.

Así las cosas, también se confirmará esta providencia.

En consecuencia, se **CONFIRMAN** los autos del 6 de agosto de 2021, a través de los cuales **i)** negó la vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y **ii)** negó la vinculación de la AFP Colfondos S.A.

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de agosto de 2021.

V. ANTECEDENTES

La accionante pretende de manera principal que se declare *nula la afiliación* al régimen de prima media con prestación definida (RPM) a través de la AFP Protección, así como de los traslados horizontales efectuados en Porvenir y Old Mutual y tenerla como válidamente afiliada a Colpensiones. En consecuencia, condenar a las AFP Protección S.A., Old Mutual y Porvenir a registrar en sus sistemas de información que la afiliación es nula. Condenar a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a que hubiere lugar. A la última a activar su afiliación en pensión. Se disponga a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso. De manera subsidiaria pretende se condene a Porvenir a pagar la pensión de vejez equivalente a la que hubiese sido reconocida por Colpensiones de manera retroactiva.

En respaldo de sus peticiones, narró que nació el 5 de octubre de 1961. Se afilió al régimen de prima media a través del ISS, el 5 de noviembre de 1982 y cotizó 415 semanas allí. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colmena hoy Protección el 4 de marzo de 1996, cuando contaba con 34 años de edad. Adujo que un asesor de la AFP le indicó que sus aportes pensionales estaban en riesgo al permanecer en el ISS pues esta entidad afrontaba problemas económicos, entre tanto en el RAIS obtendría una mesada pensional más alta. Refirió que Protección no le brindó información completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas, las consecuencias del cambio, tampoco le informó sobre la posibilidad de retornar a prima media.

Señaló que al conseguir un nuevo trabajo se trasladó en abril de 1999 a Colfondos entidad a la que cotizaba la empresa. Posteriormente, retorno a

Colpensiones en 1999 allí permaneció hasta septiembre 2002. Luego, se trasladó a Porvenir, cuando contaba con 41 años, este último fondo no le informó sobre el derecho de retornar antes de cumplir 47 años, tampoco sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen. Arguyó que se trasladó a Old Mutual el 9 de marzo de 2005, con 43 años, entidad que tampoco le informó sobre el derecho de retracto, ni brindó asesoría de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales.

Se trasladó a Porvenir el 16 de diciembre del 2005, sin recibir asesoría previa al traslado, tampoco se le realizó proyección pensional. Adujo que Colpensiones no realizó asesoría tendiente a informar sobre las consecuencias del traslado de régimen. Señaló que el 21 de noviembre del 2018, solicitó reconocimiento y pago de pensión la cual fue reconocida por Porvenir el 26 de junio del 2019 en cuantía de \$828.116. Arguyó que según asesoría particular su mesada en Colpensiones ascendería a \$1'496.019. Señaló que solicitó a las demandadas la anulación de la afiliación al RAIS y el retorno de régimen empero fue negado. Finalmente, que elevo consulta ante la Superfinanciera sobre el deber de información en cabeza de las AFP (expediente digital, archivo 01 fls. 4 al 16)

La AFP Skandia S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó la data de nacimiento de la accionante, el traslado a este fondo, la edad que tenía para ese momento y la solicitud de traslado. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Propuso las excepciones que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación. Expuso en su defensa, que la demandante no allegó prueba sumaria de la nulidad alegada, ni estableció la naturaleza de la misma, por lo que debe estudiarse la nulidad relativa. Señaló que el traslado de régimen no fue adelantado por esta AFP, sino producto de un cambio horizontal (expediente digital, carpeta 107, fls. 1 al 34).

La AFP Protección S.A rechazó el éxito de las peticiones. Aceptó el natalicio de la demandante, el traslado de régimen a Protección y su edad para este tiempo, la solicitud elevada a la AFP y su respuesta negativa. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás hechos. Propuso las

excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, *«reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»*, *«inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»* y las demás declarables de oficio. En su defensa, expuso que todas las actuaciones del fondo están precedidas de buena fe y legalidad, en consecuencia, las personas se afilian libre y voluntariamente, materializan su decisión con la suscripción del formulario, tal como disponía la ley para la época (expediente digital, carpeta 111, fls. 1 a 24).

Colpensiones rechazó las pretensiones. Admitió, la data de nacimiento de la actora, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, las semanas cotizadas, el traslado y posterior el retorno a prima media, la edad que tenía para esa época, la respuesta a la solicitud de traslado y el concepto emitido a la procuraduría general. Manifestó que no le constan o no son ciertos los demás fundamentos fácticos. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación para regresar al régimen de prima media con prestación definida, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, argumentó que no hubo vicio del consentimiento por ende el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria y se ratificó al estar 20 años afiliada al RAIS. Adujo que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición en razón de las semanas cotizadas (expediente digital, carpeta 125 fls. 1 a 28).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que los hechos no son ciertos o no le constan. Propuso la excepción previa de inepta demanda por falta de integración del litisconsorcio necesario (Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público) y las de mérito que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. Argumentó en su defensa, que la accionante está pensionada bajo la modalidad de retiro programado desde el 2019, por ende, no es afiliada al sistema general de

pensiones y acceder a sus pretensiones lesionaría la sostenibilidad financiera del sistema. Arguyó que el traslado horizontal con este fondo se realizó libre de presiones o engaños y la voluntad de la demandante se materializó con la suscripción del formulario (expediente digital, carpeta 152 fls. 1 al 39).

VI. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 6 de agosto de 2021 (expediente digital, archivo 09), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a las entidades demandadas de las pretensiones incoadas en el escrito de demanda, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

TERCERO: En caso de no ser apelada la presente decisión, se ordena la remisión del expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su especialidad Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que la demandante está pensionada desde el 15 de mayo del 2019, por tanto, no puede declararse la ineficacia deprecada, pues los actos desplegados con posterioridad al traslado de régimen confirmaron su deseo de permanecer en el RAIS.

VII. DEL RECURSO DE APELACIÓN

La actora pretende la revocatoria de la sentencia al argumentar que se ha cometido un acto injusto porque se probó las AFP faltaron al deber de información al momento del traslado de régimen y de los traslados horizontales. Señaló que, que la demanda no se inspiró en una acción de reparación de perjuicios, porque para cuando fue interpuesta lo que disponía la Corte Suprema de Justicia, era que al no probarse el deber de información, las cosas se retrotraían al estado inicial y este criterio cambió en tratándose de pensionados hasta febrero del año 2021.

Adujo que las pretensiones subsidiarias están encaminadas a reparar el daño ocasionado a la promotora del juicio, este que puede ser pecuniario frente a la diferencia de la mesada pensional entre cada régimen y no pecuniarios respecto al derecho de obtener información que le permitiría escoger de manera consiente la escogencia del régimen, por lo cual el daño es cierto y real, que además existe una imputación fáctica por omisión de los fondos pensionales. Señaló que sin afectar el derecho a la defensa de las administradoras de la demanda se extrae que se persigue el resarcimiento del daño, el cual puede ser analizado por el Tribunal en ejercicio de las facultades *ultra y extra petita*.

VIII. CONSIDERACIONES

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

1. De las reglas legales y jurisprudenciales respecto del deber de información en traslados de régimen cuando se trata de afiliados.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones

del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo

sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

2. Reglas jurisprudenciales frente a la falta del deber de información cuando se ha adquirido el status de pensionado

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia consideraba que era viable la posibilidad de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional respecto de quienes ya habían alcanzado la calidad de pensionados, no obstante, recientemente cambió su postura al considerar que estas personas se encontraban frente a una situación jurídica ya consolidada que no era razonable retrotraer, debido a las implicaciones que esto traería en de una parte, en relación con los diferentes actos jurídicos previos, concomitantes y posteriores al reconocimiento de la prestación y de otro lado respecto de los intervinientes en este acto, que de paso sea dicho no se limitan a la AFP y al afiliado pues confluyen en determinados casos terceros como emisores, contribuyentes, incluso la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Al punto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373-2021, en la que abandonó la postura fijada en sentencia con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008 señaló:

si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante) 1, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto

En esta oportunidad la Alta Coporación, consideró además que si bien no resultaba procedente declarar la ineficacia del traslado respecto de un pensionado, este podía demandar de la AFP el reconocimiento de perjuicios derivados de la cuantía de la pensión reconocida.

Resulta importante recordar además, que conforme a los lineamientos sentados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL-413 de 2018, bajo el principio de la realidad sobre las formas prevista en el artículo 53 de la Constitución Nacional, es dable identificar la voluntad

de afiliación o permanencia en un régimen pensional a partir de conductas inequívocas del afiliado.

IX. CASO CONCRETO

En el asunto bajo examen se encuentra probado que la accionante exteriorizó su voluntad inequívoca de permanecer en el RAIS con la solicitud de pensión, la que le fue reconocida por la AFP Porvenir S.A. el 15 de mayo del 2019, bajo la modalidad de “*retiro programado*” (expediente digital, carpeta 152, fl. 79).

Resulta pertinente señalar que dentro de los beneficios que prevé la pensión de retiro programado, se encuentra **i)** el pago de la pensión de vejez; **ii)** el pago de la pensión de sobrevivientes en caso de fallecimiento del afiliado; **iii)** excedente de libre disponibilidad, para eventualmente retirar el capital usado para financiar la pensión y **iv)** auxilio funerario.

En este orden de ideas, la Sala se encuentra frente a situaciones jurídicamente consolidadas, referenciadas por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 373-2021 que imposibilitan por la vía de la ineficacia del traslado volver las cosas al mismo estado en que estarían de no haberse producido el acto del traslado de régimen. Ello es así, porque que la calidad de pensionada beneficiaria de la pensión de retiro programado no puede obviarse, pues ello conllevaría un desequilibrio del sistema en general y se verían afectadas relaciones jurídicas distintas a la existente entre la demandante y la AFP Porvenir S.A., por lo que no es procedente declarar la ineficacia de la afiliación al amparo de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

De otro lado, aunque la citada Corporación señaló que en los casos en que los pensionados solicitan la ineficacia del traslado de régimen por falta al deber de información lo eventualmente procedente, es el reconocimiento de perjuicios.

En el asunto bajo examen se advierte que en las pretensiones subsidiarias se indica:

Que se condene a la AFP Porvenir a pagar una mesada pensional en favor de la señora Nohora Isabel Roa Sánchez, equivalente a la que le habría sido reconocida por parte de Colpensiones, desde la fecha de causación del derecho pensional.

Que la diferencia pensional a favor de la señora Nohora Isabel Roa Sánchez, por la mesada pensional que le habría sido reconocida por Colpensiones, se le pague de manera retroactiva desde la fecha de causación del derecho a la pensión de vejez del demandante.

Conforme a la transcripción es evidente que se persigue el pago de la diferencia pensional por parte de la AFP Porvenir S.A., esta que no intervino en el traslado inicial del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, el cual se materializó a partir del 1 de mayo de 1996, a través de la AFP Colmena hoy Protección y que seguramente estaría llamada a responder por la diferencia deprecada.

Como quiera que las pretensiones no estuvieron dirigidas contra la totalidad de fondos privado o al menos contra aquel mediante el cual se realizó el traslado inicial, la Sala no puede entrar a pronunciarse al respecto, en atención a que las facultades ultra y extra *petita* previstas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, son exclusivas del Juez Municipal de Pequeñas Causas y del Juez Laboral del Circuito, quienes tramitan procesos de única y primera instancia, y no respecto del juez de segundo grado, quien no puede entrar a conceder más allá de lo pedido, pues recuérdese que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda y, además no puede sorprenderse a la parte demandada con decisiones que no hayan sido rebatidas en juicio, so pena de vulnerar el derecho de defensa y al debido proceso constitucionalmente protegido en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

De conformidad con las consideraciones expuestas y surtido el grado jurisdiccional de consulta, esta Colegiatura confirmara la decisión analizada.

Sin costas en la apelación ante su no causación.

X. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de agosto de 2021, por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C.,

SEGUNDO: Sin costas en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 021 2021 0000749 01
DEMANDANTE: MARÍA TERESA URIBE MALLARINO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO
PÚBLICO Y POLITÉCNICO GRAN COLOMBIANO

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, AFP Porvenir S.A., Politécnico Grancolombiano y Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de junio de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones y Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare «*la nulidad o la ineficacia*» del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. Declarar que existió una relación laboral con el Politécnico Grancolombiano en virtud de la cual se desempeñó como profesora catedra semestralmente, entre el 23 de enero de 1989 y el 30 de noviembre del 2001, así

Desde	Hasta
--------------	--------------

23/01/1989	02/06/1989
20/01/1992	03/06/1992
21/07/1992	27/11/1992
25/01/1993	07/06/1993
21/07/1993	24/11/1993
24/01/1994	07/06/1994
25/07/1994	30/11/1994
23/01/1995	31/05/1995
24/07/1995	30/11/1995
22/01/1996	29/05/1996
22/07/1996	21/11/1996
27/01/1997	03/07/1997
21/07/1997	19/11/1997
26/01/1998	04/06/1998
27/07/1998	30/11/1998
25/01/1999	03/06/1999
26/07/1999	24/11/1999
24/01/2000	02/06/2000
24/07/2000	30/11/2000
22/01/2001	01/01/2001
23/07/2001	30/11/2001

:

Declarar que en estos periodos el empleador no realizó la totalidad de aportes a pensión

Desde	Hasta	Días	Semanas
23/01/1989	02/06/1989	130	18.57
20/01/1992	03/06/1992	135	19.29
25/01/1993	07/03/1993	41	5.86
21/07/1993	05/08/1993	15	2.14
24/01/1994	14/02/1994	21	3
25/07/1994	30/11/1994	128	18.29
23/01/1995	30/01/1995	7	1
22/01/1996	29/05/1996	128	18.29
22/07/1996	21/11/1996	122	17.43
27/01/1997	03/06/1997	127	18.14
21/07/1997	19/11/1997	121	17.29
26/01/1998	04/06/1998	129	18.43
27/07/1998	30/11/1998	126	18
25/01/1999	03/06/1999	129	18.43
26/07/1999	24/11/1999	121	17.29

24/01/2000	30/01/2000	6	0.86
24/07/2000	30/07/2000	6	0.86
22/01/2001	30/01/2001	8	1.14
23/07/2001	30/07/2001	7	1

En consecuencia, solicita condenar a Colpensiones a reactivar y registrar la afiliación en el régimen de prima media sin solución de continuidad a partir de 25 de septiembre de 1986, a reconocerle la pensión de vejez desde la fecha de desafiliación del sistema a razón de 13 mesadas. Asimismo, se disponga a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 1 de septiembre de 1958, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 25 de septiembre de 1986. Prestó servicios como profesora catedra al Politécnico Grancolombiano mediante contratos laborales semestrales del 23 de enero de 1989 al 30 de noviembre del 2001; empero, no realizó el pago total de aportes a pensiones. Este empleador emitió certificación el 19 de agosto de 2015 indicando que el vínculo estuvo vigente entre 1989 y el 2000. En respuesta a acción de tutela el Politécnico dio respuesta a derecho de petición, pero fraccionó la prestación de servicios indicando que algunos periodos correspondían a contratos semestrales laborales y otros a prestación de servicio sin contrato de trabajo. Refirió que presta servicios desde el 3 de mayo de 2008 a la Universidad de la Salle.

Adujo que el 15 de febrero del 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. convencida que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría, pues estaba quebrado y que en el RAIS podría pensionarse anticipadamente y con un monto de mesada superior, pues así se lo manifestó el asesor del fondo, quien no le explicó las características de cada régimen, sus ventajas, desventajas y la incidencia del cambio en su futuro pensional, ni le realizó proyecciones comparativas con las cuales pudiera evidenciarlas y aún menos le informó sobre la posibilidad de retractarse de su decisión o retornar en el periodo establecido por la ley. La AFP en 2019, le puso de presente que allí tan solo podría aspirar al reconocimiento de la garantía estatal de pensión

mínima. Narró que solicitó la anulación del traslado al RAIS y su retorno a prima media; no obstante, la respuesta fue negativa. Finalmente, expuso que a lo largo de su vida laboral acumula 1359 semanas suficientes para acceder a la pensión de vejez en Colpensiones (fl.2 a 29).

El Politécnico Grancolombiano al contestar se opuso a las pretensiones excepto a las relacionadas con la ineficacia del traslado de régimen y el reconocimiento de la pensión de vejez. Admitió la data de nacimiento de la accionante, el cargo desempeñado, la interposición de la acción de tutela. De los demás hechos dijo que no le constan o no son ciertos. Propuso las excepciones de inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, compensación, buena fe de la institución y las demás declarables oficiosamente. En su defensa señaló que suscribió con la demandada nueve contratos de trabajo por obra o labor. Refirió que la institución cumplió con su deber legal de realizar aportes a seguridad social y los periodos que la actora reporta como faltantes obedecen a las fechas de inicio y finalización de cada vínculo. Afirmó que entre las partes además existieron vínculos de naturaleza civil que no ameritaban por parte de la Institución el pago de las deprecadas cotizaciones (fls 87 cd).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas, excepto las relacionadas con la existencia de la relación laboral con el Politécnico Grancolombiano. Admitió la fecha de nacimiento de la demandante y la afiliación al ISS. De los demás hechos dijo que no le constan. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables de oficio. En su defensa, argumentó que carece de competencia para pronunciarse sobre el vínculo laboral cuestionado; no obstante, indicó que en la historia laboral aparecen reflejadas novedades de ingreso y retiro que no concuerdan con los periodos en mora alegados por la actora. De otro lado, señaló que la demandante no es beneficiaria

del régimen de transición por cuanto no cumplía con los requisitos de edad y tiempo cotizado al 1 de abril de 1994, así mismo no hizo uso del derecho de retracto, por tanto, no puede retornar a RPM como quiera que esta incurra en una prohibición legal (fls. 322 a 361, cd de folio 98).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones, salvo las atinentes a declarar la existencia de una relación de trabajo con el Politécnico y la mora en el pago de aportes. Aceptó la solicitud de traslado y el ingreso base de cotización. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda. Propuso la excepción previa de falta de integración del contradictorio con la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público y las de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. En su defensa, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, pues la afiliada tomó la decisión de vincularse de forma consciente y espontánea y se le brindó información en los términos establecidos para la época (fls. 1 a 26, del archivo 02, cd de folio 122).

En audiencia celebrada el 14 de abril de 2021 (fls. 155 a 156) se dispuso vincular en calidad de *litis* consorcio necesario a Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que al contestar se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación a prima media, la vinculación laboral con la Universidad de La Salle, la existencia de los contratos con el Politécnico, el cargo desempeñado, el certificado laboral, el derecho de petición, la interposición de la acción de tutela, la vinculación laboral al 1 de abril de 1994, las semanas cotizadas al sistema de pensiones, la simulación pensional que evidenciaba el derecho a la garantía de pensión mínima, el número de semanas cotizadas. De los demás dijo que no son hechos, o no le constan. Formuló las excepciones de buena fe y las demás declarables oficiosamente. En su defensa argumentó que la accionante al haberse trasladado al RAIS tiene derecho al reconocimiento y pago de un bono pensiona Tipo A, el cual se redimió normalmente el 1 de septiembre de 2018, data en que alcanzó los 60 años de edad. Puso de presente que el

título valor fue emitido, redimido y pagado a la AFP (cd folio 163, fls 2 a 14).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de junio de 2021 (fls 233 a 235), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de unos contratos de trabajo sucesivos suscritos por la señora María Teresa Uribe Mallarino y el Politécnico Grancolombiano de la siguiente manera:

- 23 de enero de 1989 al 25 de mayo de 1989
- 21 de julio de 1992 al 27 de noviembre de 1992
- 25 de enero de 1993 al 7 de junio de 1993
- 26 de julio de 1993 al 24 de noviembre de 1993
- 24 de enero de 1994 al 7 de junio de 1994
- 23 de enero de 1995 al 31 de mayo de 1995
- 22 de enero de 1996 al 29 de mayo de 1996
- 22 de julio de 1996 al 21 de noviembre de 1996
- 27 de enero de 1997 al 03 de junio de 1997
- 21 de enero de 1997 al 19 de noviembre de 1997
- 26 de enero de 1998 al 04 de junio de 1998
- 27 de julio de 1998 al 30 de noviembre de 1998
- 25 de enero de 1999 al 03 junio de 1999
- 26 de julio 1999 al 24 de noviembre de 1999
- 24 de enero de 2000 al 20 de mayo de 2000
- 31 de julio de 2000 al 18 de noviembre de 2000
- 5 de febrero de 2001 al 19 de mayo de 2001.

SEGUNDO: CONDENAR al Politécnico Grancolombiano a efectuar el pago de seguridad social en pensiones que le correspondan a la señora María Teresa Uribe Mallarino, incluyendo el pago de los aportes y la sanción moratoria que trata el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, con base de los siguientes periodos.

- Del 21 de julio de 1992 al 4 de agosto de 1992, con un IBC \$65.190.
- Del 25 de enero de 1993 al 7 de marzo de 1993, con un IBC \$81.510.
- Del 26 de julio de 1993 al 5 de agosto de 1993, con un IBC \$81.510.
- Del 24 de enero de 1994 al 13 de marzo de 1994, con un IBC \$98.700 y del
- Del 23 de enero de 1995 al 14 de febrero de 1995, con un IBC \$118.934.

TERCERO: CONDENAR al Politécnico Grancolombiano cancelar a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones a entera satisfacción de este en término de un mes el valor del cálculo actuarial por el tiempo en que la señora María Teresa no estuvo afiliada al sistema de seguridad social en pensiones así, o pues al fondo que se encuentre afiliada al momento del pago, esto es, al sistema de seguridad social en pensiones y lo mismo al numeral segundo, al momento que se pague estos aportes al fondo al que estuvo afiliado o a Colpensiones. El tiempo que quedará así:

- Del 23 de enero de 1989 al 25 de mayo de 1989, con base al smlmv
- Del 20 de enero de 1996 al 29 de mayo de 1996, con un IBC de un smlmv
- Del 22 de julio de 1996 al 21 de noviembre de 1996, con smlmv
- Del 27 de enero de 1997 al 03 de junio de 1997, con smlmv
- Del 21 de julio de 1997 al 19 de noviembre de 1997
- Del 26 de enero de 1998 al 04 de junio de 1998
- Del 27 de enero de 1998 al 30 de noviembre de 1998
- Del 26 de julio de 1999 al 03 julio de 1999
- Del 26 de julio 1999 al 24 de noviembre de 1999
- Del 24 de enero de 2000 al 30 de enero de 2000

Todos estos periodos con salario mínimo legal mensual vigente.

CUARTO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora María Teresa Uribe Mallarino al régimen de ahorro individual del 15 de febrero de 2000, con fecha de efectividad a partir 1 de abril del 2000, por intermedio de la AFP Colpatria, hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones.

QUINTO: CONDENAR a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, aportes pensionales, cotizaciones, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante María Teresa Uribe Mallarino. Para ello se concede el término de un mes.

SEXTO: CONDENAR a Porvenir a entregar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público oficina de bonos pensionales, el bono pensional tipo A modalidad 2 redimido el 1 de septiembre de 2018 y el bono pensional redimido en agosto de 2019, dineros que deberán ser indexados desde la fecha en que se pagaron hasta la data en que se haya reintegrado al Ministerio de Hacienda para ello también se le concede el término de un mes ejecutada la decisión.

SÉPTIMO: CONDENAR a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

OCTAVO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas Politécnico Grancolombiano, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir y la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, conforme a la motiva. Aprobada la excepción de buena fe propuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público

NOVENO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

DECIMO: COSTAS en esta instancia a cargo del Politécnico Grancolombiano y de la AFP Porvenir a favor de la parte demandante, se liquidan por secretaria incluyendo como agencias en derecho a suma de \$1'500.000 para cada uno de los demandados y a favor de la demandante. Sin costas frente a Colpensiones y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

DECIMO PRIMERO: Consúltese esta decisión con el superior, por ser adversa a los intereses de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la demandante demostró que prestó servicios en algunos periodos a través de contrato por obra o labor cuyos extremos definió con base en los acuerdos de terminación de cada vínculo en los que las partes incluyeron las fechas de inicio de cada relación, estas que difieren en algunos casos de aquella en las cuales fueron suscritos los contratos. Determinó que en el periodo en que fueron celebrados contratos de prestación de servicios, realmente se configuraron relaciones laborales, porque la demandante continuó desempeñando las mismas funciones y para ello acató las disposiciones de la institución

educativa en cuanto a horario, intensidad y contenido del pensum, es decir que no medió autonomía ni independencia.

Refirió que si bien la Ley 30 de 1992 permitía la contratación de docentes a través de vínculos de carácter civil el articuló que lo disponía fue declarado inexecutable. Al punto ante la baja intensidad horaria cubierta por la accionante estimó que el pago de aportes debe realizarse por el periodo académico, esto es por semestres y para establecer los extremos de cada uno acudió a los reflejados en cada uno de los contratos y como quiera que el empleador no reportó la novedad de ingreso de la trabajadora debe acudir al pago del cálculo actuarial sobre un salario mínimo legal en cada caso como quiera que no se demostró uno diferente. Para el caso en que las novedades fueron reportadas pero no se hicieron pagos ordeno cancelar el aporte más los intereses moratorios.

De otro lado, determinó que la AFP no demostró haber entregado al momento del traslado información clara, completa y oportuna sobre las características de cada régimen y las implicaciones de la decisión en su futuro pensional, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas Politécnico Grancolombiano, Colpensiones y Ministerio de Hacienda apelaron lo resuelto.

Politécnico Grancolombiano argumentó que las fechas tomadas en consideración por el Juzgado para declarar la existencia de contratos no concuerdan con la realidad, aquí indicó que las cartas de renuncia deben ser tomadas para probar los extremos finales, pero en manera alguna los iniciales, pues estas se deben determinar con los contratos de trabajo. Sostuvo que se desconoció que las partes suscribieron contratos de prestación de servicios modo de vinculación previsto en la Ley 30 de 2006.

Expuso que si bien la jurisprudencia ha señalado que la vinculación debe tenerse como laboral en aras de evitar diferenciación entre los docentes hora cátedra y los docentes de tiempo completo o medio tiempo, esto solamente sucedió a partir de 1999, por tanto en aplicación del

principio de seguridad jurídica no puede aplicarse este cambio jurisprudencial a situaciones consolidadas antes que fuera proferida la sentencia C 517 de 1999.

Refirió que el despacho pasó por alto los testimonios que permiten determinar la forma en que se dio la prestación del servicio, esto es como contratista independiente, sin cláusula de exclusividad. Resaltó que el dicho del testigo José Hernando Parra Romero permite concluir que la relación con la actora estuvo libre de subordinación y si bien se presentaron algunas circunstancias que pudieron llevar al Juzgado a concluir que si existió también pueden darse en virtud de un contrato de naturaleza civil.

De otro lado sostuvo que el juzgado pasó por alto la revisar la historia laboral y los documentos suscritos por las partes, en los cuales se verifica que los extremos de los aportes corresponden a lo acordado con la actora. Preciso que se declaró existencia de relaciones laborales en periodos en los que no está demostrada la prestación personal del servicio.

La AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia al argumentar que, existe una línea jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, que no puede aplicarse de manera homogénea a todas las peticiones de ineficacia del traslado. Señaló la demandante suscribió afiliación al RAIS de manera voluntaria e informada en los términos previstos en la norma para la época y no es dable exigir requisitos adicionales incorporados al ordenamiento jurídico con posterioridad. Añadió que en cabeza de la actora recaían obligaciones como mantenerse informada y actuar con mediana diligencia respecto de su futuro pensional, en todo caso al absolver interrogatorio de parte manifestó conocer características del RAIS.

De otra parte, rechazó la devolución de gastos de administración, porque con ello se desconocerían los efectos de la ineficacia, en adición estas sumas fueron descontadas por mandato legal, compensaron la gestión de la AFP que generó rendimientos en la cuenta individual, mantuvieron cubierto al actor frente a las contingencias de invalidez y

muerte. Aseguró que trasladar dichas sumas generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Señaló que la autorización del traslado afecta la sostenibilidad del régimen de prima media.

Colpensiones imploró revocar la decisión, pues la demandante se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria, sin presiones y de conformidad con los preceptos legales de la época. Refirió que la actora no es beneficiaria del régimen de transición por tanto no puede retornar a prima media en cualquier momento. Aseguró que resulta desproporcionado transcurridos 22 años probar las condiciones en que se dio el cambio. Refirió que para la fecha del traslado no era obligatorio dejar un registro documental, ya que el consentimiento informado se entendía con la suscripción del formulario de afiliación y que no es posible exigir el lleno de requisitos legales que surgieron con posterioridad. Señaló que con la declaratoria de ineficacia se atenta contra la sostenibilidad del sistema pensional. Solicitó que en caso de no acogerse los argumentos antes expuestos se condicione el cumplimiento de la sentencia hasta tanto la AFP reintegre la totalidad de los aportes, las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de los bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración. Solicitó no ser condenada en costas al ser un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado.

Nación Ministerio de hacienda y Crédito Público, alegó que en la sentencia pese a que se ordenó el reintegro del bono pensional y sus rendimientos se debió solicitar la anulación de la resolución que emitió expidió y redimió el bono, pues este acto administrativo no debe quedar vigente en la vida pública.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Con apego a lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, la Colegiatura aborda el estudio de los recursos planteados por lo que corresponde dilucidar en primer término si entre la demandante y el Politécnico Gran Colombiano existieron contratos de trabajo en los periodos señalados por el Politécnico Gran Colombiano y si en consecuencia, esta demandada está llamada a pagar aportes en mora y cálculo actuarial. De otro lado, determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Extremo inicial de algunos contratos por obra o labor

La demandada no discute que la promotora del juicio le prestó servicios mediante contratos por obra o labor contratada, empero desconoce los extremos iniciales de algunos de los vínculos, por tanto, se procede al análisis de cada uno de los periodos relacionados en la apelación:

Periodo pretendido demanda		Periodo Indicado por el Politécnico Gran Colombiano		Periodo declarado por el Juzgado	
Desde	Hasta	Desde	Hasta	Desde	Hasta
25/01/1993	07/06/1993	15/03/1993	07/06/1993	25/01/1993	07/06/1993
21/07/1993	24/11/1993	15/09/1993	24/11/1993	26/07/1993	24/11/1993
24/01/1994	07/06/1994	11/03/1994	07/06/1994	24/01/1994	07/06/1994
23/01/1995	31/05/1995	06/03/1995	31/05/1995	23/01/1995	31/05/1995

Revisados los contratos de trabajo por obra o labor visibles en cd de folio 98, folios 150 a 161, advierte la Sala que en ninguno de ellos las partes dejaron consignada la fecha a partir de la cual la demandante prestaría servicios y la fecha que contienen es aquella fueron suscritos.

Ahora revisados los «*MUTUO ACUERDO PARA TERMINAR CONTRATOS CON PROFESORES*» de folios 187 a 190, se evidencia que estos instrumentos fueron suscritos por las partes en fecha posterior a la celebración del contrato de trabajo y en ellos las partes en la cláusula

primera de manera clara, puntual y específica anotaron la fecha de celebración de cada contrato y esta al ser verificada por la Sala corresponde al extremo inicial declarado por el Juzgado en cada uno de los periodos cuestionados en el recurso.

Para la Sala la conclusión a la que arribó el Juzgado resulta acertada, pues el Politécnico Grancolombiano allegó tanto los contratos como los acuerdo de terminación de aquellos, por tanto, no puede a su conveniencia, pretender restarle valor probatorio en su beneficio, máxime cuando no logró por ningún otro medio demostrar que la prestación del servicio realmente se ejecutó en un periodo diferente al que dejó claramente señalado en un documento que lo vincula por haberlo suscrito.

Importa resaltar que el contrato de trabajo es eminentemente consensual, por tanto, las partes con respeto a las garantías mínimas, podían acordar modificaciones, como pudo suceder en el asunto bajo examen.

También vale resaltar que no es cierto como argumenta la institución educativa que con la historia laboral se puede verificar que las cotizaciones en favor de la actora se realizaron a partir de las fechas de suscripción de los contratos por obra o labor veamos:

Periodo Indicado por el Politécnico Gran Colombiano		Periodo cotizado		Periodo declarado por el Juzgado	
Desde	Hasta	Desde	Hasta	Desde	Hasta
15/03/1993	07/06/1993	08/03/1993	07/06/1993	25/01/1993	07/06/1993
15/09/1993	24/11/1993	06/08/1993	24/11/1993	26/07/1993	24/11/1993
11/03/1994	07/06/1994	15/02/1994	07/06/1994	24/01/1994	07/06/1994
06/03/1995	31/05/1995	01/02/1995	31/05/1995	23/01/1995	31/05/1995

Resulta claro entonces que aunque el empleador insiste en que cada uno de los vínculos inició en fecha posterior a la declarada por el Juzgado, lo cierto es que en cada uno de ellos cotizó a pensiones en favor de la trabajadora en fechas anteriores a la suscripción de los contratos por obra

o labor, es por ello que esta alegación no conduce a modificar la sentencia analizada.

Existencia del contrato realidad en periodos en los que fueron suscritos contratos de prestación de servicios.

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

Ahora el artículo 167 del Código de General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, los demandantes tienen la carga de probar los supuestos fácticos de sus pretensiones. Por ello, si un demandante alega la existencia de una vinculación laboral y solicita los derechos derivados de esta, debe demostrar al menos la prestación del servicio y las fechas entre las cuales ocurrió, para que el juez pueda determinar qué derechos le corresponde y su cuantía. Lo anterior no es un asunto insustancial, pues de esto pueden derivarse diferencias muy significativas en cuanto al monto de las liquidaciones de cada prestación social, la prescripción que pudo afectar algunos de los derechos de los varios contratos, y así mismo el valor de las sanciones o indemnizaciones por mora.

La anterior línea de pensamiento se acompasa con la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 36748 de 23 de septiembre de 2009, reiterada en SL4408-2014 y SL17135-2016, al señalar:

Ahora, tiene razón la censura cuando afirma que al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, entre ellos los extremos temporales de la relación de trabajo, salario devengado, jornada laboral etc., pues de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa está obligado a probarla; pero establecer en el caso que nos ocupa, si tales aspectos aparecen o no demostrados, es un asunto puramente fáctico y por ende ajeno a la vía escogida para el ataque.

Ahora dispone el artículo 101 del Código Sustantivo de Trabajo que *El contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar.*

Ahora la Sala Laboral de la Corte suprema de Justicia en sentencia En este punto, oportuno resulta rememorar la sentencia CSJSL3126-2021 señaló:

...en el caso de los docentes de hora cátedra, pues la jurisprudencia de la Corte ha adoctrinado de forma pacífica y uniforme que «es de la esencia de la contratación de los servicios de enseñanza de docentes hora cátedra que su trabajo sea subordinado» (CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38182), esto sumado a estrictas pautas legales y jurisprudenciales que imperativamente determinan la vinculación de aquellos por contrato de trabajo, salvo casos excepcionales en los que ello puede darse a través de contratos civiles de prestación de servicios, aspecto sobre el cual se profundizará posteriormente. (...)

Frente a las cotizaciones al sistema de seguridad social el máximo Órgano ha señalado que solo en tratándose de profesores con carga horaria inferior a medio tiempo, el establecimiento educativo estará llamado a realizar los aportes a seguridad social por el periodo académico en los demás casos los aportes serán realizados por año calendario. Así en sentencia CSJ SL 361-2008 rememorada en la sentencia CSJ 2799-2020 expuso:

En el caso de los docentes vinculados a instituciones privadas de educación superior, estima la Sala que cuando presten sus servicios mediante contrato de trabajo por hora cátedra y su intensidad horaria sea inferior a la de un profesor de medio tiempo, no resulta razonable ni proporcional imponer la carga patrimonial al empleador de cotizar por el periodo calendario, siendo lógico que cubra las obligaciones frente a la seguridad social, por el tiempo de vigencia de la relación laboral, es decir, por el periodo efectivamente laborado y de acuerdo con la remuneración percibida, y sobre esas bases se deben cuantificar los aportes, o como en el *sub examine*, el cálculo actuarial.

Esto es así, porque en los eventos de profesores hora cátedra, vinculados con contrato de trabajo con una baja intensidad horaria, implica disponibilidad del docente para el ejercicio de otras actividades laborales al servicio de otros empleadores o de manera independiente

Pues bien, advierte la Sala que la accionante y el Politécnico Gran Colombiano suscribieron contratos de prestación de servicios así:

Desde	Hasta	Soporte dentro del cd de folio 87, archivo contestación y archivo pruebas
22/01/1996	29/05/1996	Certificado fl. 3 y contrato fl. 19
22/07/1996	21/11/1996	Certificado fl. 3 y contrato fl. 20
27/01/1997	03/06/1997	Certificado fl. 3 y contrato fl. 21
21/07/1997	19/11/1997	Certificado fl. 3 y contrato fl. 22
26/01/1998	04/06/1998	Certificado fl. 3 y contrato fl. 23
27/07/1998	30/11/1998	Certificado fl. 3 y contrato fl. 24
25/01/1999	03/06/1999	Certificado fl. 3 y contrato fl. 25 a 27
26/07/1999	24/11/1999	Certificado fl. 3 y contrato fl. 28 a 30

Ahora para demostrar que en realidad se configuro fueron contratos de trabajo la demandante solicitó decretar y escuchar los testimonios de Darío José Arango Castilla, Marcelo Uribe Lobo Guerreño y Jorge Hernando Parra Romero. El primero de ellos manifestó que fue profesor de cátedra en el Politécnico Grancolombiano allí fue compañero de la accionante de forma ininterrumpida de 1994 a 1997 aproximadamente, fue ella quien lo recomendó para ingresar, porque dictaba dos cátedras, tenía mayor presencia en la universidad, algunas veces hacían salidas al campo con los estudiantes porque sus materias tenían aspectos comunes. Dijo recordar que los vinculaban periodo a periodo, pero no tener soportes ni recordar que modalidad contractual se utilizaba. Expuso que adelantaban proceso similares de contratación debían llevar registros de la asistencia, los horarios eran impuestos por el Politécnico, así como el contenido de las materias, las fechas de corte de exámenes.

El testigo Marcelo Uribe Lobo Guerreño, manifestó que la demandada fue su profesora de agropecuarias en el Politécnico, aproximadamente de 1994 a 1996, sabe que cumplía el horario de las clases que determinaba la universidad, solicitaba trabajos, practicaba exámenes, además adelantaba clases de campo que eran directamente organizadas por ella, la veía en el salón de profesores y en general todo el día todos los días la veía en la universidad. No sabe qué tipo de contrato tenía.

El deponente Jorge Hernando Parra Romero, dijo que fue Decano en el Politécnico Grancolombiano a partir de 1994 a tiempo completo a cargo de todas las cuestiones administrativas, los estudiantes dieron buenas recomendaciones de la demandante, por tanto la vinculó para conformar el equipo de profesores. Para el efecto, se indicaba que cátedra debían dictar, le intensidad de horas, los días, el horario y los contenidos, los profesores pasaban al departamento de personal y allí firmaban el contrato, asunto este en el cual no tenía más injerencia, que reportar el listado de docentes a vincular. Aseguró que la actora prestaba servicios desde antes a que el asumiera el cargo de decano y sabe que prestó servicios continuos y permanentes mientras él fue decano.

El testigo dijo que la demandante prestaba servicios no solo en la cátedra, sino en clases prácticas, iban de viaje por la naturaleza de la carrera, dijo que no podía obligarla a presentarse a eventos como conferencia o talleres, pues el tratamiento era diferente al que tenían los profesores de contrato, pero sí se le controlaba la asistencia a las clases y se le exigía el cumplimiento del calendario académico y el pensum propuesto por la universidad- Dijo que salvo algunos profesores que estaban vinculados mediante contrato a término indefinido los demás se vinculaban por cátedra.

Al absolver interrogatorio de parte el representante legal del Politécnico Grancolombiano señor Jaime Alberto Sarmiento Martínez manifestó que el calendario académico de la institución se desarrolla en dos semestres, el primero de enero a mayo y el segundo de agosto a noviembre e intersemestralmente se dictan cursos para adelantar materias o vacacionales, aseguró que la accionante estuvo contratada en algunos periodos mediante contrato de trabajo y en otros a través de contratos de prestación de servicios al amparo de la Ley 30 de 1992 mientras esta estuvo vigente. Admitió que la demandante siempre se desempeñó como profesora, tenía que dictar unas horas de clase de manera independiente y autónoma y podía escoger el horario en una mesa que se ponía a su consideración.

Ahora a solicitud del Politécnico Gran colombiano fueron decretados los testimonios de Mónica Avendaño Duarte y Raúl Francisco Mateus Tovar. La primera vinculada a la demandada como Jefe de Compensación y Organización desde agosto de 2018. Refirió que hace tres años estuvo vinculada en el Área de Desarrollo Humano y luego en la Vicerrectoría de Desarrollo Humano, aproximadamente de 1998 o 1999 a 2006. Mencionó que no conoce a la demandante, no obstante a su cargo está el proceso de nómina y fue requerida para expedir los reportes de pago de seguridad social y contratos aportados al proceso, por ello, sabe que la Ley 30 de 1992 permitía la vinculación mediante contrato por prestación de servicios que le permitían a la demandante tener autonomía en la actividad contratada por periodo académico con un promedio de 64 horas en algunos y en otros de 192.

El testigo Raúl Francisco Mateus Tovar manifestó que presta servicios al Politécnico Grancolombiano desde el 2010 ingreso como profesor de tiempo completo, para cuando la accionante interpuso la demanda tenía el cargo de Servicios de Recursos Humanos y bajo su responsabilidad estaba la gestión y contratación docente, por ello participó en la concesión de documentos para su contestación. Por lo que sabe que la demandante estuvo contratada como profesora hora catedra por algunos periodos pero desconoce el número exacto de horas.

Del análisis conjunto de los medios de convicción antes indicados, contrastados con los hechos aceptados en la contestación extrae la Colegiatura primero que la demandante prestó servicios como docente por más de 12 años, actividad que debió ejecutar siempre observando las directrices del Politécnico Grancolombiano, en cuanto al horario, contenido programático, cronograma académico y demás. Además según señaló el testigo Jorge Parra Romero, debía firmar una lista de asistencia y que adicionalmente había una persona designada para recorrer la universidad verificando la asistencia de los docentes y hacer el reporte al área de personal con lo cual se desvirtúa que pudiera ejecutar sus funciones de manera autónoma e independiente y por el contrario corrobora que las labores fueron ejecutadas en virtud de una verdadera relación de trabajo como acertadamente concluyó *a quo*.

Puestas las cosas de esta manera, resulta claro que la demandada incumplió con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no demostró los supuestos en los que fundó su defensa, como quiera que por ningún medio logró acreditar que la accionante realizaba sus funciones de manera autónoma e independiente, lo que resulta lógico, pues estaba supeditada al cronograma de la universidad y el contenido del pensum ofrecido por esta, según el dicho de los testigos.

De otra parte, si bien le asiste razón al recurrente en cuanto a que antes de la sentencia C-517 de 1999, el artículo 106 de la Ley 130 de 1992, facultaba a las instituciones privadas de educación superior para vincular profesores por horas, a través de contratos de prestación de servicios, por lo que no tenía la obligación de realizar aportes pensionales, también lo es, que dicha norma otorgaba a la Universidad accionada la posibilidad de que esa contratación se realizara por medio de un contrato de trabajo, por lo que nada obstaba para que las contrataciones analizadas se hubieran realizado en el marco de un contrato de trabajo.

En criterio de la Colegiatura dicha disposición generaba a cargo de la demandante una situación que le era sumamente desfavorable y que a la luz de los principios que rigen el ordenamiento jurídico colombiano resulta inequitativa, al punto que la Corte Constitucional en la sentencia C517 de 1999 declaró inexecutable las expresiones “bien sea”, “o mediante contratos de servicios” y “en cuanto a honorarios se refiere”, por resultar contrarias a los artículos 13, 25 y 53 de la Carta Política, máxime cuando la contratación de la que fue objeto la demandante no fue para cubrir otras modalidades de la actividad académica que demandaran un servicio temporal, pues como se vio la prestación del servicio se extendió por cerca de 12 años.

Bajo este panorama no es dable revocar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la existencia de contratos de trabajo por periodo académico desde enero de 1996 a noviembre de 1999.

Ineficacia del traslado

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

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

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

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el

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

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es

recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Caso concreto

De conformidad con la historia laboral de folios 42 y 43, la demandante se afilió al instituto de seguros sociales el 25 de septiembre de 1986. Migró al RAIS administrado por Colpatria hoy Porvenir a partir del 1 de abril de 2000 (cd folio 122, carpeta 2 fl 55).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante relató en lo que importa al análisis que se adelanta ahora que se trasladó porque a la oficina en la que trabajaba su ex esposo se presentó un asesor del fondo que indicó que el instituto de Seguros Sociales se acabaría y perdería las semanas que hasta ese momento había acumulado, él diligenció el formato y ella tan solo lo firmó. Aseguró que no fue informada sobre las características de cada régimen, sus ventajas, desventajas y las implicaciones que la decisión tendría en su futuro pensional. Relató que en el 2012 le hablaron de la posibilidad de realizar aportes voluntarios para alcanzar una mejor pensión y que ha solicitado a la AFP que le realice proyección pensional

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

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

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

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

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

Por tanto, la Porvenir S.A. deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores

utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se confirmará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020), por tanto la sentencia será adicionada en este punto.

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

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

Impone señalar que la acción de ineffectividad es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de

cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, activar la afiliación y actualizar la historia laboral con los aportes provenientes de la AFP. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó Colpensiones a pagar las costas del proceso.

Finalmente, estima la Sala que la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. debe solicitar en el aplicativo de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la anulación del bono pensional y proceder a devolver el dinero recibido por este título valor debidamente indexado, ello en el entendido que al regresar la accionante al régimen de prima media y ser Colpensiones la encargada de reconocer la prestación a la que haya lugar, no tiene derecho al reconocimiento de un bono pensional Tipo A. en consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto.

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

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral quinto la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de junio de 2021, en el sentido de indicar que al momento de cumplirse la orden,

los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral sexto de la sentencia en el sentido de indicar que la AFP Porvenir deberá solicitar en el aplica cativo de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la anulación del bono pensional

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 023 2021 00527 01
DEMANDANTE: MANUEL ALFREDO BRAVO CAMBEROS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil Veintitrés (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., del 22 abril de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la ineficacia y nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A. adelantada en marzo de 2000. En consecuencia, ordenar a la AFP trasladar a Colpensiones, todos y cada uno de los aportes girados en pensiones como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora junto con todos los rendimientos que se hubieren causado. A Colpensiones a recibir los aportes, validarlos, actualizar la historia laboral y activar la afiliación sin solución de continuidad. Así mismo, condenar a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació 13 de abril de 1963, comenzó a cotizar en prima media el 7 de junio de 1982 y acumuló 414 semanas. Se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. en marzo del 2000. Adujo que el fondo, previo a la vinculación no le informó sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional, tampoco realizó proyecciones comparativas que le permitieran evidenciarlas. Indicó que a la fecha cuenta con más de 1.503 semanas de aportes de la cuales 1.088 fueron cotizadas al RAIS. Refirió que de haber continuado en el RPM su mesada ascendería a \$1.492.269 conforme el promedio de los últimos 10 años de cotizaciones. Indicó que solicitó a las demandadas el retorno de régimen, pero la la AFP Porvenir S.A. le indicó que estaba inmerso en prohibición legal para retornar en razón a la edad, que no es beneficiario del régimen de transición, que para el momento que cumpla la edad de pensión, si cuenta con 1150 semanas, tendrá derecho a la garantía de pensión mínima. Informó que Colpensiones también dio respuesta negativa (expediente digital, documento 01 fls. 1 a 16).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de natalicio del actor, la fecha de inicio de las cotizaciones a, la reclamación administrativa y su respuesta negativa. Manifestó que los demás hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de *«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 la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, *«inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política)»*, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que el actor no acredita los supuestos legales para que se declare ineficacia o nulidad del traslado, en adición no es beneficiario del régimen de transición y está incurso en una prohibición de retornar a prima media en razón a la edad, hecho insuperable pues no contaba con 750 semanas cotizadas al 1 de

abril de 1994 y para el momento apenas contaba con una mera expectativa la cual carece de amparo (expediente digital, archivo 07 fls. 1 a 17).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Admitió la fecha de nacimiento del accionante, la afiliación al RAIS, el número de semanas cotizadas, la petición de traslado y la respuesta negativa. Aceptó la data de nacimiento del actor, la fecha de inicio de las cotizaciones a pensión, el número de semanas cotizadas, la petición de retorno y su respuesta. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. En su defensa, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, pues cumplió con la obligación de información en los términos establecidos para la fecha del traslado (expediente digital, documento 08 fls. 1 a 26).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de abril de 2022 (expediente digital, documento 14), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado realizado por el señor demandante Manuel Alfredo Bravo Camberos, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en este caso por la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver o trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, dineros que además se ordenan devolver de formar indexada desde la fecha de su causación a la fecha efectiva de su pago.

TERCERO: DECLARAR que el señor Manuel Alfredo Bravo Camberos, para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por Colpensiones.

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

QUINTO: COSTAS a cargo de la AFP Porvenir S.A. a favor de la parte demandante.

SEXTO: SE ORDENA la consulta de la presente sentencia a favor de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haberse ocupado de brindar asesoría directa e idónea en lo atinente a las consecuencias del cambio de régimen pensional, por lo que procede acceder a la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que no se evidencio algún vicio del consentimiento o que el actor tuviera una expectativa legítima al momento del traslado, pues sólo con 411 semanas cotizadas en el ISS y le faltaban más de 20 años para acceder a una mesada pensional. Indicó que la AFP cumplió con el deber de brindar información en los términos previstos en la ley para la época. Sostuvo que el actor se encuentra inmerso en una prohibición legal de retornar en razón de la edad y no es beneficiario del régimen de transición. Refirió que la inconformidad en el monto de la pensión no es un argumento válido para retornar a prima media. Expuso que el actor fue desinteresado y descuidado, a más decidió cotizar por más de 20 años de manera libre y voluntaria

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia por cuanto no es procedente declarar la ineficacia. Argumentó que el demandante suscribió el formulario de traslado de forma voluntaria, libre y consiente, recibió información suficiente y veraz de las implicaciones de su traslado y las características generales del régimen, por lo que se cumplió con el deber de información en los términos previstos para la época en el ordenamiento jurídico.

Señaló que no es dable ordenar el traslado de rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales, pues no es consecuencia de la declaratoria de ineficacia, toda vez que si el negocio jurídico nunca existió tampoco dichos conceptos. Expuso que los rendimientos financieros son

privativos del RAIS por lo que trasladar estas sumas genera la contravención del artículo 897 del Código de Comercio. Refirió que los gastos de administración se descontaron por mandato legal, estas sumas tienen una destinación específica, además ya fueron invertidas. Sostuvo que los porcentajes destinados a cubrir los seguros de invalidez y sobrevivencia ya fueron trasladados a las aseguradoras y con ello el demandante estuvo cubierto frente a los riesgos amparados. Finalmente solicitó ser absuelta de pagar costas del proceso.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones

del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

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

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

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

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la

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

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió Instituto de Seguros Sociales, el 7 de junio de 1982 (expediente digital, documento 01, fls 59 a 64), migró al RAIS, a través de la administradora AFP Porvenir S.A. el 1 de marzo del 2000, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 01, fl. 58, documento 8 fl. 65), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL. HABIENDO SIDO ASESORADO SOBRE TODOS LOS ASPECTOS DE ESTE PARTICULARMENTE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN BONOS PENSIONALES Y LAS IMPLICACIONES DE MI DECISIÓN ASÍ ES SELECCIONADO A PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES.

TAMBIÉN DECLARÓ QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.IGUALMENTE CLARO QUE HE SIDO INFORMADO DEL DERECHO QUE ME ASISTE DE RETRACTARME DENTRO DE LOS 15 DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A LA FECHA DE LA PRESENTE SOLICITUD.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la época del traslado un asesor de la AFP llegó a su lugar de trabajo y le dijo que el ISS se iba acabar, que en el fondo privado sus aportes obtendrían mejor rentabilidad. Convencido de ello, suscribió el formulario. Manifestó no recibió información sobre las características de cada régimen sus ventajas o desventajas. Admitió que para el momento del traslado no dimensionó la importancia de la decisión que tomando. Aseguró que desea trasladarse a Colpensiones pues tiene respaldo del Gobierno, en adición porque la AFP no le genera confianza. Aceptó que desde hace 2 años recibe extractos del fondo, leerlos y entender su contenido.

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

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores

al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Porvenir S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado. Por ello la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación o el traslado, para declarar únicamente la última, porque este es el acto de vinculación inicial al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta al deber de información al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

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

IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a la demandada Porvenir S.A. de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, resultó derrotada, pues se declaró la ineficacia del traslado y se le ordenó trasladar recursos a Colpensiones. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó a Porvenir pagar las costas del proceso.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de abril de 2022, únicamente en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de

ahorro individual con solidaridad., conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia del *a quo* en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

Radicación n.º 110013105 023 2021 00527 01.

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 26 2019 00506 01.
DEMANDANTE: LUZ MARY ROZO BOHORQUEZ
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de septiembre de 2021. Igualmente, se analizará la decisión en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocer y pagar debidamente indexada pensión proporcional de jubilación prevista en el artículo 8 de la ley 171 de 1961, a partir del 12 de julio de 2016 a razón de 14 mesadas al año. Asimismo, a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones manifestó en síntesis, que nació el 12 de julio de 1956 y laboró para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero por 17 años, 6 meses y 8 días desde el 3 de mayo de 1974 hasta el 11 de noviembre de 1991, data en u las partes resolvieron libre y voluntariamente dar por terminado el contrato de trabajo a partir del 12 de noviembre de 1991. Desempeñó como último cargo el de

Contadora Grado 4 en la Oficina de Venadillo – Tolima. Devengó como último salario la suma de \$200.758, devengó prima de antigüedad mensual. La demandada le negó el reconocimiento de la prestación (fls. 3 a 16 expediente digital).

Al dar respuesta, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, dijo que no son ciertos o no le constan. En su defensa, propuso las excepciones de *«a partir del Acto Legislativo 01 de 2005 las pensiones se causan siempre y cuando se reúnan todos los requisitos para causar las pensiones y de conformidad con las leyes del sistema general de seguridad social en pensiones»*, prescripción, *«pensión de vejez a cargo de Colpensiones, imposibilidad de tener derecho a dos pensiones de vejez, incompatibilidad pensional»* buena fe y las demás declarables de oficio (fls. 77 a 85).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de septiembre de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que a la demandante Luz Mary Rozo de Bohórquez, le asiste el derecho a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, le reconozca y pague la pensión de jubilación establecida en el art. 8 de la Ley 171 de 1961, a partir del 12 de julio de 2016 en cuantía inicial de un millón trescientos ochenta y cuatro mil seiscientos noventa y tres pesos (\$1.384.693), la cual deberá ser reajustada de conformidad con la ley, y a razón de 14 mesadas al año.

Para tal efecto, se advierte que la UGPP cancelará el mayor valor respecto de la mesada que actualmente paga COLPENSIONES a la demandante, a partir del 12 de julio de 2016, tal como fue explicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la UGPP a reconocer y pagar a favor de LUZ MARY ROZO DE BOHÓRQUEZ, la suma de cincuenta y un millones novecientos cincuenta y siete mil seiscientos diecisiete pesos (\$51.957.617), por concepto de retroactivo pensional, correspondiente al mayor valor de las mesadas causadas entre el 12 de julio de 2016 y el 31 de agosto de 2021, suma que deberá ser indexada al momento de su pago efectivo, quedando autorizada la entidad pensional para descontar de dicha cifra lo correspondiente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones denominadas *“A partir del acto legislativo 01 de 2005, las pensiones se causan siempre y cuando todos los requisitos para causar las pensiones, y de conformidad con las leyes del sistema general de pensiones; incompatibilidad pensional y buena fe”*, planteadas por la UGPP conforme a lo anotado.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada UGPP. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

Como sustento de su decisión, señaló que la accionante acreditó los requisitos para acceder a la pensión sanción la cual resulta compatible con la prestación de vejez que pudiera reconocer Colpensiones.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada suplicó revocar la sentencia al argumentar que la pensión prevista en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 desapareció con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Refirió que en todo caso la accionante no acreditó los requisitos para acceder a la prestación con anterioridad al estatuto de seguridad social, pues alcanzó la edad, requisito de causación, con posterioridad. Refirió que es importante considerar que la demandante fue afiliada al Instituto de Seguros Sociales y actualmente es beneficiaria de una pensión de vejez.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión prevista en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

Es verdad probada que la actora prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, desde el 3 de mayo de 1974 hasta el 11 de noviembre de 1991, es decir, por espacio de 17 años, 6 meses y 8

días, pues tal circunstancia consta en certificado de folios 22 y 23 del expediente digital. De otra parte, con la cédula de ciudadanía (fl 20 expediente digital), se demuestra que la actora nació el 12 de julio de 1956, lo que implica que cumplió 60 años de edad el 12 de julio de 2016.

En cuanto a la terminación del contrato la demandante señaló en el hecho 3º de la demanda, que el contrato finalizó voluntariamente, lo cual consta en acta de audiencia de conciliación celebrada el 6 de noviembre de 1991, visible a folios 24 a 27, acuerdo de voluntades que supone la disposición y la decisión del trabajador de dar por terminado el contrato de forma amistosa.

Ahora bien, el artículo 8º de la ley 171 de 1961 dispone que el trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido. Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

De otra parte, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el sentido que para la pensión restringida por retiro voluntario consagrada en el artículo 8 de la ley 171 de 1961, los requisitos de causación del derecho son el tiempo de servicios prestados y el retiro voluntario, y que el cumplimiento de la edad es simplemente un requisito para la exigibilidad del pago. (Radicación No 38885 del 10 de agosto de 2010; y Radicación 41998 del 24 de agosto de 2010).

Por esa razón, debe concluirse, como lo ha sostenido la Corte, que la demandante adquirió el derecho a la pensión en la fecha en que terminó su contrato voluntariamente teniendo más de 15 años de servicios, esto es el 11 de noviembre de 1991. En consecuencia, la derogatoria prevista en el artículo 133 de la ley 100 de 1993, no afectó el derecho de la demandante, tampoco lo hizo el Acto Legislativo 01 de 2005, pues si bien la accionante alcanzó la edad de 60 años el 12 de julio de 2016, ya contaba con un derecho adquirido.

Sobre la forma de liquidar la prestación, resulta oportuno indicar que aunque la Corte Suprema de Justicia había señalado que la liquidación de la pensión reclamada en el presente proceso debía realizarse teniendo en cuenta la totalidad de factores devengados por el beneficiario en el año inmediatamente anterior a su retiro del servicio, lo cierto es que dicha postura ha sido modificada, al menos por tres decisiones posteriores: (Radicado 62723 del 23 de septiembre de 2015, 61023 del 27 de enero de 2016 y 52399 del 17 de febrero de 2016), en las que ha señalado que la pensión prevista en el artículo 8 de la ley 171 de 1961, debe ser liquidada con los factores previstos en el artículo 1º de la ley 62 de 1985.

Conviene precisar en este punto que como quiera que la Sala acoge la postura de la Corte Suprema antes expuesta, se confirmará el salario establecido por el *a quo* de \$137.330 que corresponde al sueldo básico más la prima de antigüedad, suma que al ser indexada al 12 de julio de 2016, fecha en que la demandante alcanzó la edad de 60 años, arroja la suma de \$1.580.641

Entonces, atendiendo a que la promotora prestó sus servicios por espacio de 6.402 días, la tasa de reemplazo a aplicar es de 66.6%. En consecuencia, el valor de la mesada inicial para el 12 de julio de 2016, asciende a \$1.054.090 esto es, una suma inferior a la determinada por el Juzgado que ascendió a \$1.384.693. En consecuencia, el fallo será modificado en este punto. Vale indicar que el monto de la mesada difiere pues, el Juzgado aplicó como tasa de reemplazo el 87.61%, que no corresponde al tiempo de servicios prestados por la actora y en todo caso

no se ajusta a la modalidad de pensión que se otorga que en manera alguna podría tomar en consideración una tasa de reemplazo superior al 75% por disposición legal.

Se precisa aquí que como quiera que la prestación se causó con anterioridad la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, debe ser cancelada a razón de 14 mesadas al año.

Tabla Semanas cotizadas toda la Vida			
Fecha Inicio	Fecha Final	No. Dias (Dias 365)	No. Semanas
		0	0,00
3/05/1974	11/11/1991	6402	914,57
Total Toda la Vida		6.402,00	914,57

Indexación Primera Mesada Pensional						
Año Inicial	Año final	Promedio salarial	IPC Inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Salario actualizado
1991	2016	\$ 137.330,00	7,650	88,050	11,510	\$ 1.580.641,37
Primera Mesada Pensional						
Ingreso Base Liquidación						\$ 1.580.641,37
Porcentaje aplicado						66,69%
Primera mesada						\$ 1.054.090,22
Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2016	\$ 689.455,00	

Estima la Sala de otra parte, que en el presente asunto no ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que el derecho se hizo exigible el 12 de julio de 2016, la actora presentó reclamación ante la entidad el 21 de septiembre de 2016 (fl. 28 a 31) y la demanda se radicó, el 12 de agosto de 2019 (fl. 35), esto es, dentro del término trienal previsto en las normas sustantiva y procesal del trabajo.

Compatibilidad de la pensión

De otro lado, conforme ha enseñado la Corte Suprema de Justicia las pensiones proporcionales de jubilación reguladas por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, son compatibles con las de vejez concedidas por el ISS, en tanto no fueron derogadas ni remplazadas por la que el ISS asumió en cumplimiento de la citada ley, reglamentada por el Decreto 3041 de 1966, como quiera que aquellas constituyen obligaciones económicas cuyo

deudor exclusivo es el empleador y, en todo caso, el Estado no aporta recursos para la financiación del ISS hoy Colpensiones (SL3872-2021).

Aportes al sistema de salud

Conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de 1994, la demandada se encuentra autorizada a efectuar descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo de la demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado (**SL2376-2018**), tal como se indicó en la sentencia analizada.

Indexación

Finalmente, como quiera que la actora no está llamada a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo estima la Sala que es procedente condenar a la demandada a reconocer y pagar debidamente indexado el retroactivo correspondiente a las diferencias pensionales.

Retroactivo pensional.

Estima la Colegiatura que, al continuar causándose las mesadas adeudadas, las cuales deberán indexarse al momento del pago y además deberán realizarse los descuentos destinados al sistema de salud, resulta inoficioso establecer un monto de retroactivo pensional, el cual deberá ser determinado por la entidad al momento de incluir la novedad en nómina de pensionados. Para ello, deberá tomar en consideración las siguientes mesadas:

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada
12/07/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.054.090,00
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.114.700,00
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.160.291,00
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.197.188,00
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.242.681,00
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.262.688,00
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.333.651,00

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala modificará la sentencia apelada en la forma anunciada.

No se causan costas en el grado de consulta ni en la apelación ante su no causación.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFIFCAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 27 de septiembre de 2021, únicamente en el sentido de indicar que el valor de la mesada pensional para el 12 de julio de 2016 asciende a \$1.054.090

SEGUNDO: MODIFIFCAR el numeral segundo de la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones deberá cancelar a la demandante, el retroactivo pensional causado desde el 12 de julio de 2016 y hasta que se verifique la inclusión en nómina de la novedad de pensionado, para el efecto tomará en consideración las siguientes mesadas:

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada
12/07/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.054.090,00
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.114.700,00
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.160.291,00
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.197.188,00
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.242.681,00
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.262.688,00
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.333.651,00

Cada una de las mesadas deberá ser actualizada desde la fecha en que se hizo exigible y hasta que se verifique el pago de la obligación y la entidad por mandato legal deberá descontar los aportes destinados al sistema de salud.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

CUARTO: Sin COSTAS en el grado de consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

Radicación n.º 110013105 26 2019 00506 01.

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada