



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 033 2021 00068 01
DEMANDANTE: EDGAR MIGUEL DUARTE GÓMEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Visto el memorial de sustitución de poder allegado en esta instancia por la apoderada general de la parte demandada (archivo 4), se tiene como apoderado judicial de Colpensiones al Dr. HENRY DARIO MACHADO identificado con cédula de ciudadanía No. 77.091.125 y T.P. No. 248.528 del C.S. de la J.

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de octubre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El 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. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad de valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos. Asimismo, se

ordene a Colpensiones a recibir al actor sin solución de continuidad y; se condene a las demandadas a pagar las costas y lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 13 de diciembre de 1958. Cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 21 de enero de 1991 al 1 de junio de 1993 y laboró al servicio del Instituto Colombiano Agropecuario, realizando cotizaciones a Cajanal desde el 8 de febrero de 1994 al 30 de marzo de 1999. Fue El 4 de marzo de 1999, fue trasladado a Colpatria Pensiones Y Cesantías, hoy AFP Porvenir S.A. Adujo que el fondo no le informó de manera clara sobre el derecho de retracto, ni brindó una asesoría profesional, clara, completa, suficiente y oportuna, que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos del RAIS, y compararlos con las condiciones del régimen de prima media con prestación definida; mediante formulario diligenciado el 20 de octubre de 2000, fue afiliado a Porvenir S.A., quien tampoco le proporcionó esa asesoría. Afirma que para esa fecha los fondos no se encontraban capacitados para realizar la debida asesoría, no fue informado sobre la prohibición de trasladarse de régimen antes de que cumpliera 52 años de edad. Actualmente se encuentra afiliado a la AFP demandada y no se encuentra pensionado. Solicitó a las demandadas su traslado, obteniendo respuesta negativa. Indica que, de acuerdo con proyección pensional, su mesada pensional con Colpensiones resultaría mucho más alta que con el fondo privado (Exp. digital, archivo 03 fls. 1 a 16).

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

retornar a prima media en razón de la edad; que no tenía ningún derecho consolidado o expectativa legítima y en todo caso no hizo uso del derecho de retracto y, que no existen vicios en el consentimiento (expediente digital, archivo 06 fls. 2 a 40).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que la afiliación del actor al RAIS lo fue libre de presión o engaños, que suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación; además que no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, documento 05 fls. 2 a 28).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de octubre de 2022 (expediente digital, documento 25), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN de EDGAR MIGUEL DUARTE GÓMEZ, identificado con C.C. No. 5.140.857 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP PORVENIR y con esto la afiliación realizada el 10 DE MARZO DE 1999.

SEGUNDO: DECLARAR que EDGAR MIGUEL DUARTE GÓMEZ, identificado con C.C. No. 5.140.857, actualmente se encuentra afiliado en forma efectiva a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-.

TERCERO: ORDENAR a AFP PORVENIR, realizar el traslado de los dineros que existan en la cuenta de ahorro individual de EDGAR MIGUEL DUARTE GÓMEZ a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, bonos pensionales, cuotas y/o 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, todos debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación de EDGAR MIGUEL DUARTE GÓMEZ

QUINTO: CONMINAR a COLPENSIONES a realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de las sumas derivadas de la ineficacia del traslado.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones planteadas por las demandadas, en especial la de prescripción e inexistencia del derecho, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de AFP PORVENIR. Se fijan como Agencias en Derecho la cantidad de CUATRO (4) SMLMV a favor del demandante. SIN COSTAS contra COLPENSIONES.

OCTAVO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de PORVENIR S.A. Sin costas para Colpensiones. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de TRES PUNTO CINCO (3.5) SMLMV a cargo de Porvenir S.A., y en favor de la parte demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que Porvenir no demostró que cumplió con el deber de información en los términos señalados por la jurisprudencia. Consideró que si bien se allega el formulario de afiliación este no demuestra que se brindó la asesoría necesaria al momento del traslado poniendo de presente las características, condiciones, ventajas y desventajas de uno u otro régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. arguye que era también deber del actor estar informado y cerciorarse sobre los servicios que se iban a contratar, las características, condiciones generales y restricciones. Se opone a la indexación ordenada, teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones de las AFP se encuentran las de generar la rentabilidad mínima de las cuentas, por lo que resulta incompatible ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro de la parte demandante no se ven afectados por la inflación, por el contrario, ha generado rendimientos. De igual manera, teniendo en cuenta que se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos como consecuencia de la afiliación de la demandante, tal rubro sería excluyente. Finalmente, considera que la condena en costas es excesiva, en cuanto la AFP absorbió las entidades que en principio efectuaron el traslado de régimen del actor, sin que de ello se derive una culpabilidad.

Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que el deber de información de la AFP para la época del traslado, se manifestaba con la suscripción del formulario de afiliación y que, no se puede desplazar la

carga de la prueba en cabeza de la parte demandante. Precisa que las características, condiciones y modalidades pensionales propias de los regímenes pensionales están consagrados en la Ley 100 de 1993, norma que procede de alcance nacional, que impone su conocimiento a todos los ciudadanos, por tanto, no se puede alegar la ignorancia como excusa, máxime cuando la demandante es una profesional del derecho. Finalmente aduce que la accionante ha permanecido en el RAIS por más de 22 años, por lo cual la administradora colombiana de pensiones resulta lesionada, en cuanto a la afectación del equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema.

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, el actor se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 21 de enero de 1991 (expediente administrativo, archivo 03 fls. 38 a 39) y, de acuerdo con la certificación electrónica de tiempos laborados – CETIL, realizó aportes a Cajanal del 8 de febrero de 1994 al 30 de marzo de 1999 (archivo 03, fls 42 a 55). Migró al RAIS a través de la AFP Colpatria, el 1 de abril de 1999 y, posteriormente a Porvenir, a partir del 20 de octubre de 2000, con la

suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 03, fl. 71 y 72).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que, respecto al traslado inicial a Colpatria, fue a llevar unos informes del trabajo, y le indicaron que habría una reunión con un asesor de Colpatria si quería quedarse en el municipio de Mosquera, y después les impartieron unas indicaciones, fue una reunión aproximadamente de media hora. Le indicaron que ellos se harían cargo de sus aportes y que había un bono pensional con el que se harían cargo de eso. No le explicaron condiciones para redimir ese bono; les dijeron que haciendo aportes adicionales podrían pensionarse antes de la edad exigida con Colpensiones y con menos semanas, esas eran las ventajas, cree que le dijeron algo de los herederos pues dejó como beneficiarios a sus padres. No recuerda con detalle más explicaciones. No le dijeron nada sobre una cuenta individual a su nombre, no se sintió coaccionado o presionado. Entendió que de acuerdo a sus aportes se generaba algunos intereses, no le dijeron que pasaba si no lograba los requisitos para pensionarse. No recuerda haberse trasladado a Porvenir, pero sabe que llegaron unos asesores y le dijeron que iba a actualizar unos datos y le llenaron un formulario y él firmó, no fue cuidadoso al leerlo. Sí recibió extractos pero no los entiende claramente. Su motivación para retornar al régimen de prima media, es que considera que no fue bien instruido acerca de las consecuencias del traslado. Sabía que existía la ley 100 de 1993, pero no la conocía a profundidad.

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

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

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

Por ello la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación, para declarar que lo será del traslado, porque este es el acto de vinculación inicial al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta al deber de información al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

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

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

Por tanto, 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 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 y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

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

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 todos los recursos a Colpensiones.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de octubre de 2022, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto

033 2021 00068 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 033 2021 00356 01
DEMANDANTE: DEYSA JANNETH RAYO ANGULO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de noviembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros, expensas de administración y bonos pensionales. Asimismo, se ordene a Colpensiones a realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado y, recibir a la actora sin solución de continuidad y; se condene a las demandadas a pagar las costas y lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 22 de junio de 1966. Cotizó al Instituto de Seguros Sociales un total de 415.4 semanas por intermedio de diversos empleadores. El 1 de noviembre de 1997, se

trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que el fondo no le brindó suficiente ilustración y, no hubo información respecto del monto y forma como se liquidaría su mesada pensional. Informa que en el RAIS cotizó 1160 semanas, para un total en los dos regímenes, de 1575 semanas. Indica que la AFP no le informó antes del 22 de junio de 2013 sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaran 10 años o menos para cumplir la edad mínima para pensión. Finalmente, indicó que solicitó a las demandadas el retorno al régimen (Exp. digital, archivo 02 fls. 2 a 9).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora, las cotizaciones al ISS y la petición de traslado. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; que no tenía ningún derecho consolidado o expectativa legítima y en todo caso no hizo uso del derecho de retracto y, que no existen vicios en el consentimiento (expediente digital, archivo 06 fls. 3 a 37).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que la afiliación de la actora al RAIS lo fue libre de presión o engaños, que suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación; además que no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, documento 04 fls. 2 a 25).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 30 de noviembre de 2022 (expediente digital, documento 14), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada a la señora DEYSA JANNETH RAYO ANGULO identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.836.952 expedida en Bogotá D.C., afiliada el 19 de septiembre de 1997 a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.

SEGUNDO: DECLARAR que DEYSA JANNETH RAYO ANGULO actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de DEYSA JANNETH RAYO ANGULO a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de la señora DEYSA JANNETH RAYO ANGULO al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral de la demandante.

QUINTO: ORDENAR a PORVENIR S. A. a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. 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, debidamente indexados.

SEXTO: CONMINAR a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal anterior.

SÉPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de PORVENIR S.A. Sin costas para Colpensiones. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de TRES PUNTO CINCO (3.5) SMLMV a cargo de Porvenir S.A., y en favor de la parte demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que Porvenir no demostró que cumplió con el deber de información en los términos señalados por la jurisprudencia. Consideró que si bien se allega el formulario de afiliación este no demuestra que se brindó la asesoría necesaria al momento del traslado poniendo de presente las características, condiciones, ventajas y desventajas de uno u otro régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. arguye que era también deber de la actora estar informada y cerciorarse sobre los servicios que se iban a contratar, las características, condiciones generales y restricciones. Se opone a la indexación ordenada, teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones de las AFP se encuentran las de generar la rentabilidad mínima de las cuentas, por lo que resulta incompatible ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro de la parte demandante no se ven afectados por la inflación, por el contrario, ha generado rendimientos. De igual manera, teniendo en cuenta que se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos como consecuencia de la afiliación de la demandante, tal rubro sería excluyente.

Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que el deber de información de la AFP para la época del traslado, se manifestaba con la suscripción del formulario de afiliación y que, no se puede desplazar la carga de la prueba en cabeza de la parte demandante. Precisa que las características, condiciones y modalidades pensionales propias de los regímenes pensionales están consagrados en la Ley 100 de 1993, norma que procede de alcance nacional, que impone su conocimiento a todos los ciudadanos, por tanto, no se puede alegar la ignorancia como excusa, máxime cuando la demandante es una profesional del derecho. Finalmente aduce que la accionante ha permanecido en el RAIS por más de 24 años, por lo cual la administradora colombiana de pensiones resulta lesionada, en cuanto a la afectación del equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema.

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

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, la actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 14 de mayo de 1989 (expediente administrativo, archivo 06 fls. 38 a 40) y, migró al RAIS a través de la AFP Colpatria, el 19 de septiembre de 1997 y, posteriormente a Porvenir, a partir del 17 de febrero de 1999, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 04, fl. 89 y 93 a 94).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en el 1997 se encontraba trabajando en 88.9 la súper estación, una emisora; que llegó un asesor de Colpatria y empezó a perseguirla a ella y a sus compañeros para una cita, que finalmente lo atendió en el cubículo de contabilidad y allí muy rápidamente le contó lo que era ese cambio, que tenía un formulario y que si se pensionaba por este fondo privado iba a tener muchos beneficios. Indicó que en ese momento se corría el rumor de que Colpensiones se iba a acabar, que debía hacer eso rápido y entonces el asesor llenó el formulario y ella lo firmó. Indica que confió que el cambio iba a ser beneficioso en su pensión, que estaba joven y no vislumbró lo que podría pasar. En cuanto a beneficios, afirma se le indicó que se iba a pensionar con un valor mucho más alto de lo que sería en el fondo público. Tenía entendido que pasaba sus fondos de pensiones del público al privado, porque le darían beneficios adicionales en el privado. En la asesoría no tuvo la oportunidad de formular preguntas, leyó los términos generales del formulario, básicamente los datos y firmó; no se informó sobre los requisitos para obtener la pensión de vejez, los aportes voluntarios, ni la diferencia con el ISS o, las consecuencias de no cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Acepta que recibía

los extractos de Porvenir sobre el estado de sus aportes, pero no los entendía. No le hablaron de una cuenta de ahorro individual, no se le explicó qué pasaría con sus aportes en caso de fallecimiento, ni sobre la oportunidad de regresar al Instituto de Seguros Sociales. Acepta que firmó, de manera libre y voluntaria. Finalmente, dice que la motiva retornar a Colpensiones el hecho de recibir un mayor valor de pensión, para poder tener una vejez tranquila y, aduce que se le hubiesen dado la información oportuna no se hubiera trasladado al fondo privado.

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

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

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el*

traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.» (CJS SL 5686-2021).

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de noviembre de 2022, 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.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto

033 2021 00356 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 035 2020 00471 01
DEMANDANTE: JORGE CARLOS PABUENA BARRIOS
DEMANDADO: MUROPANEL S.A.S.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que el pago de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, sueldos pendientes y, sanción moratoria; lo ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que trabajó para la sociedad Muropanel S.A.S., del 20 de junio al 18 de septiembre de 2018, mediante contrato de trabajo verbal, como Oficial de Instalación, devengando un salario de \$1'800.000 mensuales. El 25 de febrero de 2020, se citó a audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo, pero el representante legal manifestó no tener ánimo conciliatorio, sin que a la fecha se le haya pagado la liquidación laboral (expediente digital, archivo 01, fls. 1 a 7).

Al dar contestación la demandada se opuso a las pretensiones. Admitió el vínculo laboral con el demandante, el extremo temporal inicial, la forma de contrato, el salario devengado y, la audiencia de conciliación.

Frente a los demás hechos manifestó ser parcialmente ciertos o negarlos. Propuso las excepciones de inexistencia de mala fe respecto de la procedencia de la sanción del artículo 65 del CST, reclamación jurídica de obligaciones inexistentes y lo no debido y, las demás declarables oficiosamente. En su defensa, señaló que el demandante solo trabajó un mes y, que no existió mala fe, ya que sufrió una crisis económica de la cual no fue responsable (expediente digital, archivo 07, fls. 2 a 4).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de noviembre de 2021, resolvió:

PRIMERO: SE DECLARA que entre el señor JORGE CARLOS PABUENA BARRIOS y la demandada MUROPANEL S.A.S existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido del 20 de junio al 30 de julio de 2018, con una asignación salarial básica de \$1' 800.000.

SEGUNDO: SE CONDENA a la demandada MUROPANEL S.A.S a pagar al demandante las siguientes sumas de dinero:

- Por salarios: \$1'800.000
- Prima de servicios: \$200.000.
- Cesantías: \$200.000.
- Intereses a las cesantías: \$2.666
- Vacaciones: \$100.000

TERCERO: SE CONDENA a MUROPANEL a reconocer y pagar al aquí demandante JORGE CARLOS PABUENA BARRIOS la indemnización por despido sin justa causa del artículo 64 del C.S.T., en cuantía de \$1.800.000.

CUARTO: SE CONDENA a la demandada MUROPANEL S.A.S a reconocer y pagar al demandante JORGE CARLOS PABUENA BARRIOS la indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, un día de salario por cada día de retardo, a razón de \$60.000, desde el 1º de agosto de 2018 hasta por 24 meses, es decir, la suma de \$43'200.000. A partir del primer día del mes 25, el empleador deberá pagar al demandante los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación que certifica la Superfinanciera y hasta cuando el pago atrás reseñado de las prestaciones objeto de condena se verifique.

QUINTO: SE CONDENA en costas en esta instancia a la demandada. Se liquidarán las costas por secretaría, incluyendo como agencias en derecho \$500.000.

En lo fundamental señaló que se demostró el vínculo por un mes de trabajo, sin que exista prueba de pago de salarios, prestaciones sociales ni vacaciones; que el contrato culminó precisamente por incumplimiento del empleador respecto de los pagos al trabajador y, que la falta de pago de acreencias laborales se dio por una crisis económica de la demandada,

empero que el demandante ha requerido los pagos pendientes, incluso a través del Ministerio de Trabajo, y tuvo que acudir a las vías judiciales, concluyendo que la demandada no demostró haber actuado de buena fe, razón por la que le ordenó pagar sanción moratoria.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada solicitó revocar la sentencia en cuanto la condenó a pagar sanción moratoria, al argumentar que no actuó de mala fe, ni de manera dolosa o temeraria, en la negativa de reconocer los emolumentos derivados de la prestación de servicio. La empresa estaba pasando por una crisis económica que le impidió cumplir con sus obligaciones de carácter laboral y, esos dineros no se cancelaron por problemas estructurales y económicos, que la llevaron a la quiebra.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si la demandada está llamada a reconocer y pagar la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo al actor.

Se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que entre las partes existió un contrato de trabajo del 20 de junio al 30 de julio de 2018, devengando un salario mensual de \$1'800.000; que generó en favor del accionante el pago de prestaciones sociales y vacaciones; pues así fue declarado en primera instancia, sin que fuera objeto de reproche.

Alega la demandada que debe ser absuelta de reconocer y pagar la sanción moratoria por el no pago de la liquidación final, pues la falta de pago se debió al estado económico por el que atraviesa la empresa.

Pues bien, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo no

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

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

En el asunto que nos ocupa, se encuentra demostrado que aunque el vínculo laboral finalizó el 30 de julio de 2018, la liquidación final del contrato de trabajo correspondiente a prestaciones no ha sido cancelada, así lo confiesa la enjuiciada desde la contestación al libelo introductorio, cuando al dar contestación al hecho quinto, referente a que el demandante no ha recibido la liquidación de sus prestaciones sociales proporcionales al tiempo laborado, respondió ser parcialmente cierto, por cuanto *“a mi poderdante la empresa Hitos Urbanos S.A.S le realizó una serie de retenciones económicas por problemas generados en la obra que se estaba desarrollando y que era responsabilidad de MURO PANEL S.A.S., razón por*

la cual no fue responsabilidad directa de mi representada la situación que se enuncia en el presente hecho, ni existe mala fe”.

Ahora, para el Tribunal no son de recibo los argumentos expuestos en la contestación y en la apelación, según los cuales la falta de pago obedece al estado económico por el que atraviesa la empresa, que incluso en su decir, al día de hoy se encuentra en quiebra, pues estas circunstancias no fueron demostradas por la demandada, quedándose en el plano de las afirmaciones carentes de prueba.

En gracia de discusión, de haberse visto envuelta la demandada en una situación de crisis financiera, ello no la exime de cumplir con las obligaciones a su cargo respecto del entonces trabajador, hoy demandante. En efecto, ha sido reiterado el criterio de la Corte Suprema de Justicia, según el cual, el empleador no puede trasladar a sus trabajadores las consecuencias negativas de las situaciones financieras adversas que enfrente, pues la protección de los derechos laborales es una prioridad que no puede afectarse por dichas circunstancias.

Así lo ha explicado de antaño la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en Sentencia No. 7393 del 18 de septiembre de 1995, reiterada por la misma Corporación en sentencia con radicación No. 37288 del 24 de enero de 2012, cuando indicó:

“La iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto, No encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del Código Sustantivo de Trabajo, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos

inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios previsión o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan un lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza labor”

Y más recientemente, en sentencia SL 845-2021 del 17 de febrero de 2021, Radicación 83444, explicó:

(...) En efecto, esta Corporación tiene adoctrinado que dichas situaciones no exoneran de la de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, dado que es necesario que el empleador demuestre que esa circunstancia le produjo una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales.

Bien puede ocurrir que, a pesar de encontrarse en crisis, la empresa tenga alternativas para cumplir con sus responsabilidades, por ejemplo, porque aún tiene caja para pagar salarios y prestaciones, valores en cuentas bancarias o recursos disponibles. Pero también puede suceder que la debacle económica le impida por completo y sin salidas posibles, satisfacer las deudas laborales.

Lo anterior, adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas de la empleadora; y por su parte, el artículo 2495 del Código Civil estatuye que los créditos causados o exigibles de los empleados por concepto de salarios y prestaciones sociales tienen privilegio excluyente sobre los demás. Es decir, el salario y los créditos laborales ocupan un lugar privilegiado especial en sistema normativo, debido a que de ellos dependen sus trabajadores y sus familias. De allí que los empleadores deban realizar cuanto esté a su alcance para satisfacerlos oportunamente.

Así las cosas, resulta claro para la Colegiatura que la actuación de la demandada, en manera alguna puede ser considerada de buena fe, dado que no ha pagado las prestaciones sociales derivadas del vínculo laboral al amparo de razones válidas y demostrables, pues tal como quedó visto, la crisis económica no puede entenderse como factor justificativo de exoneración de responsabilidad frente al pago de derechos ciertos de los trabajadores; por lo que se confirma la procedencia de la sanción moratoria ordenada prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como acertadamente lo concluyó el *A quo*.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



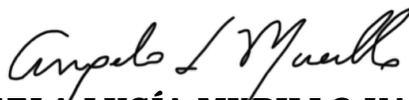
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXAND RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 035 2022 00014 01
DEMANDANTE: DUMAR ABEL SÁNCHEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Visto el memorial de sustitución de poder allegado en esta instancia por la apoderada general de la parte demandada (archivo 4), se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. LEIDY CAROLINA FUENTES SUAREZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.049.614.551 y T.P. No. 246.554 del C.S. de la J.

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de noviembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 7 de octubre de 1997 a través de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y posteriormente a Protección S.A. En consecuencia, se ordenó a las demandadas, el traslado a Colpensiones de los valores totales de la cuenta de ahorro individual del demandante, bonos pensionales, frutos e intereses. Asimismo, se ordene a Colpensiones a aceptar el traslado y reactivar la afiliación sin solución de

continuidad; y, se condene a las demandadas al pago de lo ultra y extra *petita* y, costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 24 de agosto de 1962; realizó aportes desde el año 1996, cotizando a Colpensiones un total de 98.29 semanas. El 7 de octubre del año 1997, se trasladó de régimen al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., el 31 de agosto de 2006 se trasladó a la APF Protección, y el 25 de enero de 2008 a la AFP Horizonte, hoy Porvenir. Aduce que en estos fondos se le informó que podría pensionarse en cualquier momento, y que no recibió información acerca de las características, capital, rentabilidad, derecho de retracto, ventajas y desventajas entre regímenes, diferencias, ni se le hizo una proyección pensional; por lo que las APF no cumplieron con la obligación de proporcionarle información veraz, completa y real sobre las implicaciones del traslado. Presentó reclamaciones a cada una de las demandas sin obtener respuesta favorable (expediente digital, archivo 08 fls. 1 a 22).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante, las cotizaciones al ISS, la reclamación y su respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el accionante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 23 fls. 2 a 47).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la edad del actor, el recuadro de voluntad de selección y afiliación del formato de vinculación, y la respuesta de esta AFP a la reclamación. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido; además el demandante no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, archivo 19 fls. 1 a 38).

La AFP Protección S.A. rechazó las pretensiones dirigidas en su contra. Aceptó la fecha de nacimiento del actor, la afiliación a esta AFP, la petición y su respuesta. 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver 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, traslado de la totalidad de los aportes a la AFP Porvenir, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y, las declarables de oficio. Sostuvo que la afiliación del actor se realizó completamente libre de vicios del consentimiento, brindando una asesoría completa, clara y comprensible; el demandante no hizo uso de la facultad de trasladarse en el término legal, esto es, antes de faltarle menos de 10 años para la edad de pensión y; señaló el deber de información del afiliado (expediente digital, archivo 20, fls. 3 a 26).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 28 de noviembre de 2022 (expediente digital, archivo 18), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del señor DUMAR ABEL SÁNCHEZ, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PORVENIR, y en consecuencia se ordena a PORVENIR, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses y sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR Y a PROTECCIÓN a pagar con su propio patrimonio, la disminución del capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración, según el tiempo en que estuvo afiliado a dicho fondo, como se advirtió en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a afiliar nuevamente a DUMAR ABEL SÁNCHEZ al régimen de prima media con prestación definida y a recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías PORVENIR.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR. Se señalan como agencias en la suma de \$1.000.000, que se incluyen en la liquidación de costas. Sin costas para COLPENSIONES Y PROTECCIÓN.

QUINTO: De no ser apelada la decisión, se remite el expediente al Tribunal Superior de Bogotá, para que se estudie en el grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara y suficiente que le permitiera tomar una decisión informada sobre el cambio de régimen pensional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones manifestó que la declaratoria injustificada de la ineficacia de traslado del afiliado al régimen de prima media afecta la sostenibilidad financiera y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los afiliados, al permitir que personas que no han contribuido a sus rendimientos entren a beneficiarse. En gracia de discusión, solicita que se prohíba a los fondos aplicar descuentos por seguros previsionales, y autorizar a Colpensiones para obtener los perjuicios que se causen con el traslado.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 1 de abril de 1996 (expediente digital, archivo 24), y migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir, el 7 de octubre de 1997, mediante la suscripción de formulario de vinculación; posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Pensiones y Cesantías Santander, hoy Protección S.A., a partir del 31 de agosto de 2006, y el 25 de enero de 2008 a Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A. (expediente administrativo, archivo 24.1 fls. 40, 45, 239 y 336).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que se trasladó a Porvenir, porque lo abordó un asesor en su trabajo y lo invitó a hacer el traslado, indicándole una serie de ventajas que tendría en relación con el seguro social, como que podría pensionarse en cualquier época, una vez cumpliera las semanas, con cualquier edad, pero no le informaron pros y contras. Manifiesta que hasta el momento desconoce la información de lo que significó ese traslado de fondo público a privado. No retornó nuevamente al régimen de prima media, por cuanto solo cuando cumplió

las semanas buscó asesoría y un abogado le hizo caer en cuenta que si se pensiona con el fondo privado tendría una serie de desventajas frente al público, y siempre había creído que sería mejor el privado. Manifiesta que constantemente lo “*asediaban*” distintos asesores en su lugar de trabajo diciendo que era mejor un fondo que otro y por ello se cambiaba horizontalmente, pero en ninguno se le dieron a conocer específicamente los detalles. Considera que fue engañado por los fondos privados, por cuánto no es cierto que pudiera pensionarse a cualquier edad. No está contento ni satisfecho con las condiciones que le hicieron conocer sus abogados en el sentido que si se pensiona con el régimen privado tendrá una pensión mínima, mientras que si es con el fondo público tendrá mejores condiciones de pensión. Acepta que la afiliación fue libre y voluntaria, pero dice que no le informaron que el fondo privado es una bolsa de ahorro. En ninguno de los fondos le informaron sobre aportes voluntarios, ni recuerda que le hayan informado respecto del derecho de los beneficiarios. En la reunión en donde le explicaron fueron muy breves, simplemente le hicieron llenar el formulario; no hizo preguntas, porque no recuerda haber tenido tiempo ni información sobre qué preguntar. No se le habló de rendimientos financieros; no ha tenido acceso a extractos. Indica que se trasladó a Santander porque estaba en Bogotá y necesitaba afiliarse un fondo para trabajar en la Cámara de Representantes y un amigo le dijo que se afiliara a ese fondo, pero no recuerda bien, como tenía afán de afiliarse, solo firmó el formulario, pero no recuerda que le hayan dado información ni haber leído el formulario. Retornó a Porvenir porque el asesor le insistía que era mejor y, solo ahora que se asesoró con abogados, se está enterando de las desventajas de pensionarse con el fondo privado, además dice que con una proyección que le hicieron su mesada sería más alta con Colpensiones.

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

diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

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

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

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

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

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

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

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como

quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de noviembre de 2022, 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.

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

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



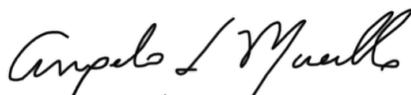
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto
035 2022 00014 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 035 2022 00223 01
DEMANDANTE: NURIAN VEGA VELANDIA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dentro de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de septiembre de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia del traslado efectuado el 1 de marzo de 2002 al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a la AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, expensas de administración y bonos pensionales. Asimismo, se ordene a Colpensiones a realizar todas las gestiones pertinentes para anular el traslado y recibir a la afiliada sin solución de continuidad y; se condene a las demandadas a pagar las costas y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 22 de enero de 1963. Cotizó al ISS un total de 47 semanas por intermedio de diversos empleadores. El 1º de marzo de 2002, se trasladó al RAIS a través de la

AFP Porvenir S.A. Adujo que no recibió suficiente ilustración por parte del fondo, no recibió información respecto al monto y forma como se liquidaría su mesada pensional. Que cotizó un total de 989 semanas en el RAIS hasta agosto de 2021, acreditando un total de 1.236 semanas de cotización. Afirma que Porvenir no le informó antes del 22 de enero de 2010 sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaran diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión. El 23 de noviembre de 2021 solicitó a las demandadas su traslado (expediente digital, archivo 01, fls. 1 a 8).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora, las cotizaciones al ISS, el traslado al RAIS, y la petición de traslado. 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 ahorro individual (SIC), prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; que no tenía ningún derecho consolidado o expectativa legítima y en todo caso no hizo uso del derecho de retracto (expediente digital, archivo 05, fl. 2 a 29).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera libre e informada, garantizando el derecho de retracto; además que no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, documento 04 fls. 2 a 23).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de noviembre de 2022 (expediente digital, documento 12), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por Nurian Vega Velandia, al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia, se ordena a este fondo, a trasladar a Colpensiones, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses, con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que ésta estuvo afiliada a dicho fondo, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a volver a afiliar a Nurian Vega Velandia al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías Porvenir S.A.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a Porvenir, por lo tanto, se señalan como agencias en derecho \$1.000.000, que se incluye en la liquidación de costas, sin costas para Colpensiones.

QUINTO: En caso de no apelarse la decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que no hay elemento probatorio que permita inferir que la AFP brindó a la demandante información referente a las implicaciones y conveniencias de trasladarse de régimen pensional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que no se dio aplicación al artículo 271 de la ley 100 de 1993, atendiendo al principio de inescindibilidad. La declaratoria de ineficacia del traslado contribuye a la descapitalización del sistema pensional según lo indicado en la sentencia T-489 del 2010, dado que la entidad tendría que reconocer prestaciones a quien no ha contribuido al fondo común. Solicitó autorización para obtener por vías judiciales el valor de los perjuicios causados, además pidió ordenar a la AFP Porvenir no descontar del traslado los seguros previsionales. 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 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 actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1 de julio de 1995 (expediente administrativo, archivo 06 fls. 68 a 69) y, migró al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el 1 de marzo de 2002, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 04, fl. 73).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que llevaba como 1 año y medio trabajando en Bogotá y estaba afiliada a Colpensiones, se cambió de trabajo inicialmente a Puerto López y luego a Villavicencio, con la empresa Distribuidora Universal, y fue en ese momento que llenó los formularios de cambio para afiliarse a Porvenir. No estuvo presente un asesor en ese momento; quien le dio el formulario fue la persona de la secretaría de la empresa, quien no le dio opciones, ni le explicó nada. Sí recibía extractos y sabía que pagaba un valor para pensiones pero no sabe más, indica que para ella era como una constancia de que pagaba un valor por pensión a su nombre. Intentó retornar a Colpensiones más o menos en el 2018, pero le fue rechazada la solicitud por la edad. Quiere volver a Colpensiones porque ve más beneficios, más

seguridad, sabe que hay ventaja a nivel económico. No sabe que es el ahorro individual y no ha realizado aportes adicionales al fondo. Nunca le explicaron acerca de los requisitos para acceder a la pensión, ni sobre la rentabilidad, ni tampoco le advirtieron de una prohibición legal de trasladarse. No ha solicitado la pensión.

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

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

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

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

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

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

No se causan costas en este grado jurisdiccional.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de noviembre 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: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

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

CUARTO: Sin **COSTAS** en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 036 2018 00625 01.
DEMANDANTE: ORLANDO LUNA BOLAÑO.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y PALMAS MONTERREY S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de junio de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante convocó a juicio a las accionadas para que se declare la existencia de una relación laboral con la empresa demandada, sin que se le realizaran los aportes a pensión del 5 de septiembre de 1977 al 19 de mayo de 1986; en consecuencia, se condene a Colpensiones a realizar el cálculo actuarial por ese periodo y, a Palmas Monterrey S.A. a pagar a la administradora la suma correspondiente; se condene a lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que existió un contrato de trabajo a término indefinido con la empresa Palmas Monterrey S.A., el cual inició el 5 de septiembre de 1977 y terminó el 15 de junio de 2001 y, que la empresa lo afilió a pensión el 20 de mayo de 1986 (Exp. digitalizado, archivo 01 fls. 4 a 6).

Al dar respuesta, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la afiliación a pensión de la demandante y, respecto de los demás indicó que no le constan. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración de derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, las demás declarables oficiosamente. En su defensa manifestó que la administradora no cuenta con competencia para resolver de fondo lo pretendido por el demandante; que está en cabeza del empleador la obligación de efectuar las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, teniendo en cuenta el salario devengado, dentro de los plazos y condiciones que determina la norma, por tanto, una vez la jurisdicción laboral declare la existencia de la relación laboral entre las partes, procederá la entidad a realizar el correspondiente cálculo actuarial, a solicitud del empleador (expediente digitalizado 01, fls. 41 a 51).

Por su parte, Palmas Monterrey S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la relación laboral con sus extremos temporales y, negó la afiliación a pensión como se redacta. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, pago, prescripción, buena fe y, las declarables de oficio. En lo fundamental manifestó que la subrogación por parte del seguro social en la asunción de riesgos laborales como la jubilación del trabajador, fue de manera paulatina, y en el caso de esta empresa que tiene su operación en el Municipio de Puerto Wilches, solamente estaba obligada a afiliar a los trabajadores al ISS hasta el año 1987, pues con anterioridad se encontraba en imposibilidad legal de realizar la afiliación y pago de aportes al sistema, de conformidad con 3041 de 1966. Asimismo, arguye que, en el caso de una eventual condena, debe realizarse el correspondiente descuento a cargo del trabajador (expediente digital, archivo 01, fls. 101 a 110).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de junio de 2021 (archivo 04), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor ORLANDO LUNA BOLAÑO y la empresa PALMAS MONTERREY S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido, del 5 de septiembre de 1977 al 15 de junio de 2001.

SEGUNDO: CONDENAR a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- a realizar el cálculo actuarial, por el tiempo en que el señor ORLANDO LUNA BOLAÑO no estuvo afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones por cuenta de la empresa PALMAS MONTERREY S.A., esto es, del 5 de septiembre de 1977 al 19 de mayo de 1986.

TERCERO: CONDENAR a PALMAS MONTERREY S.A. a cancelar a COLPENSIONES el valor del cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, de acuerdo con la liquidación que al efecto realice la señalada entidad de seguridad social.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a PALMAS MONTERREY S.A. Liquidense con la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho.

Como sustento de su decisión, señaló que aun cuando la cobertura del Instituto de Seguros Sociales en el municipio de Puerto Wilches solo inició el 24 de agosto de 1987, en criterio jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el empleador debe responder por las obligaciones pensionales, incluso ante la falta de cobertura del ISS.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la demandada interpuso recurso de apelación argumentando, que solamente estaba obligada a afiliar a los trabajadores en aquellos lugares en los cuales el Instituto de Seguros Sociales tuviera cobertura y tal situación se presentó en el Municipio de Puerto Wilches a partir del 24 de agosto de 1987. Finalmente, en caso de mantener la condena, afirma que el demandante debe concurrir con el pago de la porción de cotización a su cargo.

IV. CONSIDERACIONES

No es materia de discusión en esta instancia, que entre el demandante y la empresa Palmas Monterrey S.A., existió una relación laboral vigente entre el 5 de septiembre de 1977 y el 15 de junio de 2001; así fue aceptado por la empresa accionada, además, de ser demostrado en el plenario con el contrato de trabajo allegado (expediente digitalizado 01, fl. 111 a 113), así como la liquidación final de prestaciones sociales (fl. 114, ibídem).

Así, de conformidad a lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, la Colegiatura abordará el estudio del recurso para definir si en el presente asunto hay lugar al pago del cálculo actuarial por los aportes a seguridad social en pensiones, causados durante la relación laboral.

Aportes a seguridad social.

Argumenta en su recurso la demandada, que la obligación de afiliar a sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales, empezó el 24 de agosto de 1987, por cuanto su centro de operaciones y lugar de prestación del servicio del actor, es el Municipio de Puerto Wilches, es decir, en una fecha posterior al periodo en que inició la relación laboral con el demandante, por lo que no incurrió en omisión alguna.

En relación con el reconocimiento de los tiempos en que los trabajadores estuvieron vinculados laboralmente, pero sus empleadores no tenían la obligación de cotizar al Instituto de Seguros Sociales, porque este no había iniciado su cobertura, ha sido enfática la postura de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de indicar que existe la obligación para los empleadores en realizar los aportes a pensión de sus trabajadores. Así lo explicó entre otras, en sentencia SL522-2020 del 17 de febrero de 2020, Radicación 70615, cuando señaló:

“Ahora, sobre las obligaciones pensionales de los empleadores, derivadas del tiempo de servicio prestado sin cobertura por parte del Instituto de Seguros Sociales, se ha adoctrinado por la Sala, que los mismos tienen a

su cargo el cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, entre otras en la sentencia CSJ SL17300-2014, que fue reiterada en la sentencia CSJ SL5535-2018, en los siguientes términos:

Sin embargo, a juicio de esta Corte el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no traduce, como lo afirma la empresa, en la total ausencia de responsabilidades ni obligaciones por los períodos efectivamente trabajados por el empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la exégesis del 1613 del Código Civil, porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

El artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer (...); de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al empleador de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo, relacionadas con las prestaciones del trabajador.

En efecto, el concepto de que no existía norma reguladora del pago de las cotizaciones en cabeza del patrono en el período en que no existió cobertura del I.S.S., equivale a trasladar al trabajador las consecuencias de la orfandad legislativa de la época, solución que no se compadece con el contexto de un ordenamiento jurídico que parte de reconocer un desequilibrio en la relación contractual laboral, en tanto esos períodos no cotizados tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional y en todo caso propiciaría un enriquecimiento sin causa al permitir un desequilibrio patrimonial, que carece de justificación.

Desde luego, el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, antes que existir aquel postulado, lo que se propicia es que quede desprovisto de la atención plena e integral, que se le debe por el trabajo desarrollado.

Estima la Sala que, si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de la contingencia, ésta sólo cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser desconocido; menos puede imponérsele al trabajador una carga que afecte su derecho a la pensión, sea porque se desconocieron esos períodos, ora porque el tránsito legislativo en vez de garantizarle el acceso a la prestación, como se lo propuso el nuevo esquema, se le frustre ese mismo derecho.

El patrono, por tanto, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los tiempos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento puede considerarse liberado de la carga que le correspondía.

Por demás, la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede tener tan drástica repercusión frente a derechos sociales y, si bien podría oponerse la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador, principios y valores de orden superior deben prevalecer en casos como el presente.

(...)”

De conformidad con el anterior criterio, aunque la empresa demandada solamente se vio obligada a realizar la afiliación de sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales a partir del 24 de agosto de 1987, teniendo en cuenta que el instituto aprobó la extensión de cobertura

para el cubrimiento de los riesgos de IVM en Puerto Wilches, mediante Decreto 1617 de 1987, lo cierto es que ello no la exoneró de la obligación de responder por los periodos en que el demandante efectivamente trabajó a su servicio, pues ello iría en detrimento del derecho a la seguridad social en pensiones del trabajador.

En el sub examine, el demandante prestó sus servicios para la compañía Palmas Monterrey S.A., desde el 5 de septiembre de 1977, fecha para la cual no existía la obligatoriedad de afiliación al extinto Instituto de Seguros Sociales en el municipio de Puerto Wilches, Santander, la que solo inició a partir del 24 de agosto de 1987, teniendo que el accionante fue afiliado desde el 20 de mayo de 1986.

Sin embargo, la Ley 90 de 1946 dispuso la obligación de efectuar la provisión de capital necesario para el cumplimiento de los aportes al extinto Instituto de Seguros Sociales en los casos en los que la entidad asumiera la obligación pensional (artículos 72 y 76), razón por la cual, pese a que el llamado de afiliación a la seguridad social se hizo de manera paulatina y en el presente asunto acaeció hasta el 24 de agosto de 1987, la obligación no quedó condicionada en el tiempo, pues lo único que se prorrogó fue la transferencia de las cotizaciones al ISS, por lo que no puede el empleador sustraerse de efectuar los aportes correspondientes, imponiéndose la obligación de pagar el cálculo actuarial para el periodo en el que no se había subrogado al ISS.

Así las cosas, aun cuando el llamado a inscripción de la compañía demandada se hizo solo hasta el 24 de agosto de 1987, con anterioridad debía hacer partidas de capital para sufragar los aportes en pensiones de sus trabajadores y con ello garantizar su derecho a la seguridad social; razón por la cual, deberá responder por los aportes a seguridad social de quien fuera su trabajador por la totalidad del tiempo en que duró el vínculo, esto es, desde el 5 de septiembre de 1977 y, hasta cuando fue efectivamente afiliado, 20 de mayo de 1986; tal como lo encontró la a quo.

De otra parte, argumenta la recurrente que únicamente debe responder por el porcentaje de la cotización que como empleador tenía a su cargo y así debe ser efectuado el cálculo actuarial.

Estima la Sala que la alegación se encuentra infundada, como quiera que, durante el periodo de no afiliación por falta de cobertura, estaba totalmente a cargo del empleador el riesgo pensional, siendo entonces su único responsable. Así, es el empleador quien debe asumir la totalidad del título pensional durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura y por tal motivo no resulta procedente que el valor del título pensional sea ordenado de forma compartida con el extrabajador, en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales (Sentencia SL1579 del 4 de mayo de 2022, reiterada en la SL4292 del 23 de noviembre de 2022).

En este sentido, se confirmará la sentencia de primera instancia en su integridad.

No se causan costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

036 2018 00625 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 36 2018 00702 01.
DEMANDANTE: ROSA ELVIRA ZÁRATE RODRÍGUEZ
DEMANDADO: NÉSTOR ORLANDO MONTAÑO FORERO.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de enero de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió proceso ordinario laboral para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal desde el 15 de enero de 2001 al 3 de marzo de 2018, terminado por renuncia voluntaria. En consecuencia, se condene al demandado al pago de prima de servicios por todo el tiempo laborado; cesantías, intereses a las cesantías y, vacaciones por los años del 2007 al 2018; cotizaciones al fondo de pensiones por todo el tiempo de la relación; costas y agencias en derecho y; lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 15 de enero de 2001 fue contratada por el demandado, para trabajar en el establecimiento de comercio denominado “*El cerdo tolimense*”, con un salario de \$200.000 y una comisión de \$2.000 por cada lechona vendida, pagaderos de manera quincenal; en horario de lunes a viernes, de 10 de la mañana a 7 de la noche y, los sábados de 10 de la mañana a 4 de la tarde. Que las funciones desempeñadas eran las de atención al público, ofrecimiento del

producto de manera presencial y telefónica, realización de facturas, recepción de latas en las que se entregaba el producto, recepción de dinero y labores de secretaria.

Afirma que el 4 de enero de 2007, suscribió contrato para la prestación de servicios, en donde se estipuló un salario de \$600.000 mensuales, con un horario de trabajo, dependencia y órdenes del demandado, por el término comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2007; no obstante, cumplido dicho término, continuó laborando hasta el 3 de marzo de 2018, fecha en que renunció voluntariamente. Que, durante todo el tiempo de trabajo, prestó sus servicios en el establecimiento de manera personal, cumpliendo un horario de trabajo, y recibiendo una remuneración.

Que entre el 2001 y el 2006, cada año, el demandado le entregó un documento denominado "*liquidación de prestaciones sociales*", en donde se relaciona el supuesto pago de cesantías, intereses de cesantías y vacaciones; y que entre el 2014 y el 2017, cada año, le entregó un documento denominado "*paz y salvo*" para que fuera firmado por ella, indicando que se encontraba a paz y salvo por concepto de pago de prestaciones de servicios hasta el 31 de diciembre del correspondiente año anterior.

Solicitó la cancelación de sus prestaciones sociales, recibiendo respuesta negativa el 21 de marzo de 2018. Nunca fue afiliada, ni se le realizaron aportes a ningún fondo de pensiones, a seguridad social en salud, pensión, ni ARL. Durante la relación laboral, la demandante llevó el registro de ventas realizadas por ella en el establecimiento de comercio. Finalmente, refiere que se le adeuda prima de servicios por todo el tiempo laborado, y cesantías, intereses y vacaciones por los años 2007 a 2018 (expediente digitalizado 01 fls. 1 a 13 y, 02 fls. 3 a 14, subsanación).

El demandado rechazó el éxito de las pretensiones. Aceptó la fecha de inicio de labores, de manera parcial aceptó el salario, horario y funciones; aceptó la liquidación de prestaciones sociales del 2001 al 2006, parcialmente el contrato de prestación de servicios celebrado en el 2007, el

salario mensual estipulado, los paz y salvo por acreencias laborales y, el derecho de petición. Formuló las excepciones de pago, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y, prescripción. En su defensa, sostuvo que existieron dos vínculos entre las partes: el primero que inició en el año 2001 y hasta el 2007 y, el segundo entre enero de 2013 y diciembre de 2016; la relación contractual lo fue de prestación de servicios con la demandante, asignándole funciones de secretaria; que los aportes a salud y pensión fueron cancelados directamente a la trabajadora por acuerdo entre las partes, en donde ésta se comprometía a hacer los pagos a las entidades de su predilección; adicionalmente se le pagaba una bonificación adicional en los meses de junio y diciembre de cada año. Finalmente, aclara que no se le ha vulnerado ningún derecho de carácter laboral y siempre se cumplió con la carga prestacional, dando estricto cumplimiento a lo pactado desde su inicio hasta su terminación (expediente digitalizado 02, fls. 24 a 35 y 122).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de enero de 2022, absolvió al demandado de las pretensiones elevadas en su contra. Declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, e impuso costas a cargo de la demandante.

En lo fundamental señaló que no existe prueba de la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo, concluyendo que el vínculo que existió entre las partes no fue de índole laboral.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante suplicó revocar la decisión al argumentar que, con la aplicación del principio de primacía de la realidad, todos los contratos que aduce la parte demandada, fueron establecidos como contratos de trabajo verdaderamente, por tal motivo, sí se reúnen los elementos esenciales para que se constituya un contrato de trabajo, tales como la actividad personal del trabajador, continua subordinación y

dependencia y, retribución del servicio. La relación nunca fue discontinua, por el contrario, fue progresiva, subordinada y remunerada, pese a ser disfrazada como contratos de prestación de servicios para evadir obligaciones en cabeza del empleador.

IV. CONSIDERACIONES

Procede esta Colegiatura a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 15 de enero de 2001 al 3 de marzo de 2018 y si, en consecuencia, el demandado está llamado a pagar acreencias laborales.

Sea lo primero señalar que la parte demandada al dar respuesta al libelo introductorio, aceptó la relación laboral, aunque indica que fue por contrato de prestación de servicios, para labores como secretaria, en un horario pactado de 10 am a 1 pm y de 2 a 7 pm, de lunes a viernes, aunque a veces no cumplía con el horario debido a citas médicas y problemas personales; asimismo, dice que fueron varios contratos de esta modalidad, entre el 15 de enero al 31 de diciembre 2007; que entre el 1 de enero del 2008 al 31 de diciembre de 2012 no existió ningún vínculo y, desde el 2013 al 2016, eran contratos de prestación de servicios, entre el 15 de enero y el 31 de diciembre de cada año.

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

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

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

Ahora en atención al artículo 167 del Código de General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la parte demandante tiene 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.

Con el fin de demostrar la prestación personal en el periodo señalado, la demandante aportó la documental obrante en el expediente digitalizado 01, así: **i)** liquidación de prestaciones sociales de los años 2001 a 2006 (fls. 14 a 19), **ii)** contrato de prestación de servicios suscrito el 4 de enero de 2007, para el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de esa anualidad (fl. 21), **iii)** documentos de paz y salvo suscritos por la demandante, por concepto de pago por prestación de servicios de los años 2013 a 2016 (fls. 23, 25, 27 y 28) y, **iv)** derecho de petición dirigido al demandado el 3 de marzo de 2018 solicitando la cancelación de prestaciones sociales y moratoria, con su respuesta (fls. 30 a 38).

Así mismo, allegó certificación emitida por COLPENSIONES, de fecha 16 de agosto del 2018, el reporte de semanas cotizadas en pensiones, y cuadernos de registro de ventas, entre el 2001 y el 2018 (fls. 40 a 1044).

A solicitud de la parte demandante fueron decretados los testimonios de Luz Marina Polanco Ávila y Nelson Eliseo Linares Mahecha. La primera manifestó distinguir a la demandante en el negocio del demandado, cuando iba a hacer el chance al lado y de ahí empezó una amistad con ella, hace como 20 años, más o menos desde el 2002; indica que le hacía reemplazos a veces cuando la mamá de la actora se enfermaba; iba todos los días a verla al negocio, llegaba a las 11, 12 o 1 y ya estaba abierto, y tiene entendido que cerraba a las 6:30 – 7:00 de la noche, lo sabe porque iba a hacerle visita y la acompañaba; siempre estaba sola. No sabe hasta

qué año trabajó. En algún momento la demandante tuvo que atender alguna situación personal por la que tuvo que retirarse un tiempo de trabajar, pero como unos 3 meses, no se acuerda fechas. Los días que la testigo iba a reemplazarla al establecimiento le pagaba ésta; y en ningún momento se le acercaba el demandado o su esposa a darle órdenes. Lo que tenía que hacer era atender el público, si había venta de lechona, recibía las “cacharritas” en que se llevaban la lechona y facturaba; debía vender lo que llegara en el momento y había una lista de precios al lado del escritorio, que eran precios fijos, que se imagina los establecían los dueños. Cuando hizo los reemplazos no le pagaban sumas adicionales; no le pagaban algún concepto por pensión o salud, porque era un día o dos dependiendo de lo que ella necesitara; el término máximo que le hizo turnos fue como 2 o 3 días que la reemplazó; esos días entraba a las 10, iba a almorzar y cerraba a las 6 o 7; y no le entregaban alguna contabilidad, ella llevaba apuntes en el cuaderno, y cuando llegaba la demandante le entregaba.

El señor Nelson Eliseo Linares Mahecha, esposo de la demandante, manifestó que ocasionalmente visitaba a su esposa cuando ella laboraba para el demandado, porque iba a recogerla. No estuvo cuando las partes establecieron las condiciones del contrato, ni el día que ella se retiró. Indica distintas fechas de terminación del contrato, y no recuerda cuando inició la relación, tenía vacaciones unos 8 días más o menos cada año. La demandante le comentó el horario y las funciones, pero también la veía cuando ocasionalmente iba y unos años, porque tenía un negocio al lado, no recuerda época. Ella recibía algún pedido, recibía el dinero y elaboraba la factura. Trabajaba todos los días de la semana, excepto domingos y festivos. No sabe cómo era el pago.

Al rendir declaración de parte el demandado, manifestó que a la demandante la contrató su esposa y pactaron la relación como prestación de servicios, todo verbal. Que inició en el 2001, más o menos hasta 2007, se retiró porque estuvo enferma y después volvió como en el 2013 más o menos, no se acuerda bien, y trabajó hasta el 2016. Las actividades que desarrollaba eran de ventas, lo que se vendía era en la semana, no había horario, se le pagaba una bonificación por cada venta, pero era de su

suelo el pago de sus prestaciones; en el 2001 era el mínimo y le daba una bonificación de \$3.000 o \$4.000, no se acuerda bien. El valor de las lechonas era de una lista de precios que él mismo le suministraba. Ella debía asistir sobre todo los fines de semana, pero si podía estar toda la semana pues era mejor, pero aclara que allá se vende los fines de semana. Si ella no iba le comunicaba o mandaba a la hija. No maneja contabilidad. Controlaba las ventas por el número de facturación. No afilió a seguridad social a la demandante porque ella dijo que tenía seguro, pero le entregaba la plata; no pactaron jornada laboral, ella más o menos abría a las 11 de la mañana y cerraba a las 6 de la tarde, a veces se iba a almorzar, ella sabía manejar su clientela, ella abría el establecimiento y él duraba hasta meses sin ir.

Por su parte la demandante, en su interrogatorio indicó que inició a laborar en el establecimiento el 15 de enero de 2001, con salario de \$200.000 mensuales más \$2.000 por comisión, por cada lechón que vendiera, en horario de 10 de la mañana a 7 de la noche, con una hora de almuerzo y los sábados hasta las 4 de la tarde. Eso lo pactó con la señora Herlinda y don Orlando que es el dueño de la empresa, le pagaban quincenalmente. Terminó la relación el 3 de marzo porque la esposa del demandado le decía que estaba vendiendo muy poco, le descontaba los permisos, y después le dijo que tenía que trabajar 6 horas, pero con la mitad del sueldo, así que decidió que no podía seguir. No le pagaron otro tipo de acreencias como primas o cesantías. No veía todos los días al demandado, sino por ahí cada 8 o 15 días. Sus funciones eran las de secretaria, atender el público, hacer facturas, recibir la plata de la venta de las lechonas y entregar, las personas que compraban la lechona dejaban unas latas y había que entregárselas. Llevaba el control de las ventas durante todo el año, en un cuaderno que era el control de ella. A veces le daban algo más, de vacaciones, pero estas eran 8 días. Faltó 3 o 4 días máximo, con permiso, cree que fue cuando su mamá estuvo enferma, y si faltaba la reemplazaba su testigo o su hija. Era ella quien abría el establecimiento y estaba allí sola. No le vigilaban el horario ni tuvo llamados de atención.

Del análisis conjunto de los medios de prueba estima la Sala que, contrario a lo concluido por el despacho de primer grado, se logró demostrar claramente la prestación de servicios por parte de la demandante al servicio del demandado, pues la misma ni siquiera fue negada por la pasiva, como quedó visto, quedando establecida la prestación personal del servicio de la demandante para el señor Montaña Forero, sin que por unos pocos días, en que mandaba un reemplazo, se pueda entender desvirtuada, máxime cuando ni siquiera se sabe que hayan sido más de 3 o 4 días durante todo el tiempo del vínculo, que fue lo argüido en las declaraciones.

En efecto, la prueba documental reseña la existencia del contrato de prestación de servicios suscrito el 4 de enero de 2007, entre la actora y el demandado, para el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2007, cuyo objeto sería *“todo lo relacionado con el mercadeo, venta y post – venta del producto fabricado”*; en el que se convino que la labor se cumpliría en la ciudad de Bogotá y en horario de oficina y, como contraprestación la suma de \$600.000 mensuales (expediente digitalizado 01, fl. 21); asimismo, desde la contestación el demandado aceptó que los contratos pactados entre el 2013 y 2016 lo fueron en la misma modalidad del suscrito para el 2007; y además, de las declaraciones de las partes, así como del dicho de los testigos, se colige que la accionante abría y cerraba el establecimiento todos los días de lunes a sábado y se encargaba de la venta de la lechona, de propiedad del demandado, cuyos precios los establecía el accionado.

Demostrado lo anterior, obra a favor del actor la presunción que dicha labor se encontraba regida por un contrato de trabajo, independientemente del nombre con el que la hubieren pactado, correspondiéndole al empleador probar que la relación fue independiente y sin subordinación, es decir, acreditar el hecho contrario al presumido, situación que no alcanza a materializarse en el examine con el contrato de prestación de servicios suscrito para el año 2007, pues, lo que de tal situación se infiere es que se quiso disfrazar el verdadero vínculo contractual laboral, en el que además, se estableció incluso el lugar y horario de la prestación del servicio; tampoco puede decirse que por el

hecho de que no estaba el empleador presente en el establecimiento y sin control permanente del cumplimiento del horario, de por sí sea prueba de la inexistencia de la prestación personal del servicio o de que la relación fuera de carácter civil o comercial.

Nótese que incluso, si tenía que ausentarse por algún asunto personal, debía informarlo a su empleador y enviar un reemplazo; sin que se vislumbre en el sub iudice, la autonomía e iniciativa de un verdadero contratista en la gestión encomendada, característica fundamental de una vinculación por contrato de prestación de servicios, ya que, para el ejercicio de su actividad debía atenerse a lo dispuesto por el empleador, quien además era el que ponía la materia prima e incluso asignaba el precio del producto sobre el que recaían las ventas, que según lo manifestó el mismo demandado, sí controlaba, por el número de facturación.

En consecuencia, la realidad demuestra que la actividad desarrollada por la demandante se ejecutó bajo una verdadera relación contractual laboral, pues, la función ejercida no comportaba autonomía e independencia en su realización, es decir, que no contaba con ese marco de libertad bajo el cual fue contratada en el 2007, y que se arguye por el ahora demandado, fue la modalidad de vinculación que los unió a lo largo de la relación laboral.

De conformidad con las consideraciones expuestas resulta claro que el demandado faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa dado que aunque alegó que la demandante estuvo vinculada por contratos de prestación de servicios, no logró desvirtuar la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, pues aunque aportó el contrato de prestación suscrito para el año 2007, en manera alguna quedó demostrado que ésta actuó de manera independiente, autónoma y autogestionada.

Así las cosas, como quiera que la realidad se impone a las formas contractuales asumidas o acordadas por las partes, según lo dispuesto por el artículo 53 de la Constitución Nacional, se debe declarar la existencia de

un contrato de trabajo entre la demandante y el demandado, y en este entendido se revocará la sentencia de primera instancia.

Extremos de la relación

Ahora bien, desde la contestación ha argüido el demandado que entre el 1º de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2012, no existió ningún vínculo y, que la actividad laboral fue reanudada, del 15 de enero al 31 de diciembre de 2016; fecha en que finalizó el vínculo. Como soporte de sus afirmaciones allega comprobantes de pago mensuales de enero de 2001 a diciembre de 2006 y de enero de 2013 a diciembre de 2016, así como liquidaciones de cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones, por los años 2013 a 2016 (expediente digitalizado 02, fls. 39 a 129).

De los medios de prueba previamente analizados, estima la Sala que, si bien la accionante logró probar que fungió como trabajadora, ejerciendo labores de secretaría y venta, en el establecimiento “El cerdito tolimense” propiedad del demandado, desde el 15 de enero de 2001, lo cierto es que no aportó medio de convicción alguno que permita concluir que efectivamente prestó sus servicios personales de manera continua e ininterrumpida hasta el 3 de marzo de 2018, como ella lo pretende. Ello en el entendido que ni el demandado, ni los testigos convocados por la demandante, dieron cuenta de la época específica en que les constara hubiere ejecutado funciones.

Nótese que el demandado indicó que ella trabajó en el 2001 hasta el 2007, fecha en la cual quedó retirada y volvió en el 2013 más o menos hasta el 2016. La testigo Luz Marina Polanco Ávila, dijo distinguir a la demandante hace como 20 años, como desde el 2002 pero no recuerda hasta que año trabajó para el establecimiento, igualmente que al preguntársele si en algún momento la demandante tuvo que atender alguna situación de carácter personal o familiar por la que tuviera que retirarse un tiempo de trabajar, respondió vagamente que sí, “como unos 3 meses por ahí” y no recuerda fechas. Y el esposo de la actora, dice primero que ella comenzó a trabajar el 3 de marzo de 2018 hasta el 15 de enero de 2021 y luego que trabajó hasta el 3 de marzo de 2018, por lo que al notar

su confusión manifiesta: “no, no me acuerdo bien”; aunado a que todo su conocimiento acerca de la relación laboral, deriva de lo que la demandante le comentaba. Sin que el dicho de tales declaraciones, den cuenta de la continuidad en la prestación de servicios, ni del extremo final.

En el mismo sentido, con la documental allegada tanto por la parte actora como por la parte accionada, tampoco se puede tener certeza de este punto, pues en ninguna parte se observan documentos emanados de la relación para los años 2008 a 2012, ni después del 31 de diciembre de 2016; sin que pueda dársele valor probatorio a los cuadernos allegados por la accionante en los que aduce llevaba el registro de ventas, entre los años 2001 y 2018 (expediente digitalizado 01, fls. 52 a 1044), dado que se trata de un documento elaborado por ella misma, que en manera alguna puede ser oponible a la contraparte, máxime cuando no hay un indicio siquiera de que tenía conocimiento de su existencia.

Puestas las cosas de esta manera, es claro que la accionante demostró que estuvo vinculada al demandado y que prestó sus servicios como secretaria y vendedora, empero esto no le basta para la declaración de una única relación laboral por el periodo pretendido, pues además debía probar los extremos temporales de la relación alegada y la continuidad del servicio, situación que no puede el juzgador entrar a suponer.

Sin embargo, como existen unos periodos claramente determinados, los cuales fueron los aceptados en la contestación, se procederá a la declaración de dos vínculos: **i)** del 15 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2007 y, **ii)** del 15 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2016. Advirtiendo que, si bien el demandado afirma que cada contrato tuvo una interrupción entre uno y otro cada año por 15 días, entre el 1 y el 15 de enero de cada mes, ello no alcanza a configurar una solución de continuidad en el servicio, pues se trata de cortos períodos de tiempo que no obedecen a una intención de desvincular a la trabajadora en el cumplimiento de las mismas funciones (CSJ, SL, Sentencia 27371 del 19 de octubre de 2006).

Pasa ahora el Tribunal a verificar los derechos que deben ser reconocidos a la demandante, teniendo en cuenta un salario mínimo legal mensual vigente para cada año al no haber sido demostrada suma superior, salvo para el año 2007 en el que se verificó un salario mensual de \$600.000; no sin realizar el análisis previo de la excepción de prescripción oportunamente propuesta por el demandado.

Prescripción.

Frente al punto, es necesario recordar que el sistema jurídico colombiano, prevé esta institución como un modo de extinguir los *“derechos y obligaciones, como resultado de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley, por cualquier razón subjetiva que motive la inacción de su titular”* (Sentencia C-091 de 2018 Corte Constitucional). Conforme a ello, es dable entender que esta figura materializa el principio constitucional a la seguridad jurídica, al impedir una indefinición latente y prolongada de los problemas jurídicos surgidos de hechos jurídicos relevantes, como aquellos que pueden derivarse de la relación entre trabajadores y empleadores, o los afiliados y las entidades que integran el sistema de la seguridad social. Por tal razón, el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción laboral resulta válido, además, porque responde a la necesidad de implementar un orden justo y pacífico.

Por tal razón, al juez del trabajo le corresponde verificar la fecha de causación de cada acreencia y, por consiguiente, la data en la que podía ser reclamada, conforme con la ley o el acto que la contemple, a efectos de aplicar la excepción de prescripción en cada caso.

Lo anterior, exhibe un sentido lógico porque en cada derecho laboral o de la seguridad social persisten dos momentos, que a veces coinciden: **i)** uno es su causación y **ii)** el otro, su exigibilidad. El primero se presenta cuando se dan los supuestos de hecho de la norma jurídica. El segundo momento, depende de la posibilidad de hacer efectivo el derecho de manera coactiva, pues así se colige claramente del artículo 151 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al advertir que el inicio

del término de tres años durante los cuales se puede reclamar el cumplimiento del derecho por parte del obligado es partir de su exigibilidad, so pena que, si no se hace, opere la prescripción. Ello sin olvidar, la suspensión de dicho fenómeno permitido por la misma norma cuando señala que *“El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual.”*

Para dilucidar el punto, en el asunto bajo examen conviene señalar que el primer contrato de trabajo que unió a la demandante y el demandado finalizó el 31 de diciembre de 2007. A folios 30 a 32 del expediente digitalizado 01 aparece la reclamación de la demandante con fecha de envío del 3 de marzo de 2018, y la demanda fue radicada el 19 de octubre de esa misma anualidad, esto es, superando el término trienal previsto en los artículos 488 del Código sustantivo de Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por lo que se declarará probada dicha excepción sobre este vínculo.

No ocurre lo mismo con el segundo contrato declarado, pues el mismo se extendió hasta el 31 de diciembre de 2016, esto es, dentro del término trienal, quedando afectado por este fenómeno de manera parcial, sobre los derechos causados con anterioridad al 3 de marzo de 2015.

Al respecto, cumple precisar que en tratándose de la declaratoria de un contrato realidad la sentencia tiene efectos declarativos y no constitutivos, es decir, no busca crear el contrato de trabajo, simplemente indicar o declarar que el mismo existió (Sentencia Rad. 41522 del 14 de agosto de 2012, SL CSJ). Por consiguiente, la prescripción de los derechos reclamados se debe contabilizar desde que cada uno de ellos se hizo exigible, que para el caso de las cesantías y las vacaciones se hacen exigibles a partir de la terminación del vínculo laboral (Sentencia Rad. 34393 del 24 de agosto de 2010, SL8936 de 08 de julio de 2015 Rad. 42452 y 39023 del 14 de agosto de 2013).

Prestaciones sociales y vacaciones

Pretende la demandante se condene al demandado al pago de prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y, vacaciones. Demostrada la existencia de un verdadero contrato de trabajo y precisados sus extremos, resulta consecuente que el demandado hubiera tenido que pagar las prestaciones sociales correspondientes al contrato celebrado.

Así, al liquidarse las cesantías, intereses a las cesantías, la prima de servicios y las vacaciones causadas del 15 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2016, sobre un salario mínimo legal mensual vigente para cada año y, teniendo que la prescripción operó respecto de las prestaciones causadas con anterioridad al 3 de marzo de 2015, arroja las siguientes sumas:

desde	hasta	días	salario	cesantías	interes x ces.	prima	vacaciones
15/01/2013	31/12/2013	345	\$ 589.500	\$ 564.938	\$ 64.968	prescrita	\$ 282.469
1/01/2014	31/12/2014	360	\$ 616.000	\$ 616.000	\$ 73.920	prescrita	\$ 308.000
1/01/2015	31/12/2015	360	\$ 644.350	\$ 644.350	\$ 77.322	\$ 644.350	\$ 322.175
1/01/2016	31/12/2016	360	\$ 689.455	\$ 689.455	\$ 82.735	\$ 689.455	\$ 344.728
		TOTAL		\$ 2.514.743	\$ 298.944	\$ 1.333.805	\$ 1.257.371

Pues bien, como quedó visto, con la contestación de la demanda, el accionado allegó comprobantes de pago mensuales y liquidaciones de prestaciones sociales por cada uno de los años objeto del segundo contrato (expediente digitalizado 02, fls. 104, 107, 111, 114 y 116 a 119), los cuales, pese a no estar suscritos por la demandante, fue ella misma quien, desde la presentación de la demanda, acompañó los recibos firmados por ella, en los que declara a paz y salvo por todo concepto de pago por prestación de servicios al demandado hasta el 31 de diciembre de cada año entre 2013 y 2016 (Exp. Digital 01, fls. 23, 25, 27 y 28), de lo que se infiere, corresponde cada paz y salvo a la entrega de las liquidaciones aportadas por la pasiva, aunado a que estas últimas no fueron objeto de tacha por la actora.

Bajo estas condiciones, se advierte que el pago de las acreencias causadas por cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicio y compensación de vacaciones, entre el 15 de enero de 2013 y el 31 de

diciembre de 2016, ya fueron canceladas a la actora, al finalizar cada año de la relación y, al resultar coincidentes los pagos realizados, con la liquidación efectuada por la colegiatura, no hay lugar a condenar por estos conceptos y, al haberse acreditado el pago en las oportunidad es legales, tampoco hay lugar a imponer sanción moratoria.

Aportes a seguridad social en pensión

Al quedar demostrado un verdadero vínculo contractual laboral entre las partes, queda clara la obligación que estaba a cargo del demandado de pagar aportes a seguridad social en pensión, sin que por el hecho de que, en el decir del empleador, la actora haya aceptado cancelar dicho concepto que le era pagado directamente a ella, lo exonere de manera alguna de esta obligación, pues lo que está probado es que existieron 2 contratos de trabajo y que el demandado se abstuvo de afiliarse y cotizar en pensión en favor de la demandante, por tanto en aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia lo que corresponde es el pago de los cálculos actuariales respectivos.

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

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

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y

consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores. Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro

(...)

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

Cumple precisar, que en lo que respecta a los aportes al SGSSI, más específicamente a pensiones, éstos no se ven afectados por el fenómeno de la prescripción, en razón a que los mismos conforman el capital fundamental para consolidar y financiar la pensión, prestación que resulta a todas luces imprescriptible al tenor de lo dispuesto en el art. 48 de la constitución nacional; así lo ha explicado la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 738 de 2018:

En torno a este punto, en sentencias como las CSJ SL792-2013, CSJ SL7851-2015, CSJ SL1272-2016, CSJ SL2944-2016 y CSJ SL16856-2016, entre otras, la Corte ha sostenido que mientras el derecho pensional esté en formación, la acción para reclamar los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, no está sometida a prescripción. En similar dirección, en sentencias como las CSJ SL, 8 mayo 2012, Rad. 38266, y CSJ SL2944-2016, señaló que "... el pago de los aportes pensionales al sistema de seguridad social, en tanto se constituyen como parte fundamental para la consolidación del derecho a la pensión de jubilación, no están sometidos a prescripción...

De conformidad con las consideraciones expuestas, considera la Sala que el demandado está llamado a responder por el cálculo actuarial correspondiente a las cotizaciones al sistema de pensiones de los periodos en que estuvo vigente la relación, pues se trata de un derecho mínimo e irrenunciable de la trabajadora que en manera alguna puede ser desconocido.

Así las cosas, como quiera que la accionante no fue afiliada a pensiones, se condenará al demandado a pagar al fondo de pensiones

obligatorias de la administradora a la cual se encuentre afiliada, el valor del cálculo actuarial correspondiente a los aportes de los periodos comprendidos entre: **i)** el 15 de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2007, y **ii)** el 15 de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2016, con base en el salario mínimo legal mensual vigente fijado para cada anualidad, salvo para el 2007, que lo será sobre un salario base de \$600.000 mensuales.

Costas de la primera instancia a cargo del demandado. No se causan 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: REVOCAR la sentencia proferida el 14 de enero de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar declarar que entre Rosa Elvira Zárate Rodríguez y Néstor Orlando Montaña Forero, existieron dos contratos de trabajo: **i)** del 15 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2007, y **ii)** del 15 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2016.

SEGUNDO: CONDENAR al demandado a pagar al fondo de pensiones obligatorias de la administradora a la cual se encuentre afiliada la demandante, el valor del cálculo actuarial correspondiente a los aportes de los periodos comprendidos entre: **i)** el 15 de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2007, y **ii)** el 15 de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2016, con base en el salario mínimo legal mensual vigente fijado para cada anualidad, salvo para el 2007, que lo será sobre un salario base de \$600.000 mensuales.

TERCERO: ABSOLVER de las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Costas de la primera instancia a cargo de la parte accionada. No se causan en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 036 2019 00644 01
DEMANDANTE: FÉLIX PRADA SERRANO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Visto el memorial de sustitución de poder allegado en esta instancia por el apoderado judicial de la parte demandada (folio 52), se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. DIANA LEONOR TORRES ALDANA identificada con cédula de ciudadanía No. 1.069.733.703 y T.P. No. 235.865 del C.S. de la J.

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 de febrero de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la mesada catorce, a partir del 1 de junio de 2014, fecha en que le fue suspendida, debidamente indexada; los intereses moratorios, las costas y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que laboró con el Banco Central Hipotecario, sociedad de economía mixta del orden nacional vinculado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del 16 de junio de

1975 al 2 de julio de 1997, fecha a partir de la cual, el empleador le reconoció pensión de vejez en cuantía inicial de \$721.746.41. Que mediante Decreto 33 de 2005, se fijó como plazo para la liquidación de la referida entidad el 15 de julio de 2006; procediendo a conmutar las pensiones que tenía a su cargo con el Instituto de Seguros Sociales y, asumiendo el BCH la pensión del actor hasta el 18 de septiembre de 2013. Que mediante Resolución No. GNR 267223 del 24 de julio de 2014, Colpensiones asumió el 100% de la pensión de vejez del actor, que venía disfrutando con el BCH en liquidación, reconocida a partir del 19 de septiembre de 2013, en cuantía de \$1'911.261; no obstante, suspendió el pago de la mesada 14 que venía percibiendo desde el 2 de julio de 1997. El 24 de mayo de 2019 solicitó su mesada adicional a la demandada, obteniendo respuesta negativa, quedando agotada la reclamación administrativa (expediente digital, archivo 01, fls. 3 a 11).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos negó haber suspendido el pago de la mesada catorce, y aceptó los restantes. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción, improcedencia de intereses moratorios e indexación y, las demás declarables de oficio. Argumentó que el demandante adquirió su status de pensionado con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, motivo por el cual no puede conceder la prestación, además que su mesada pensional es superior a tres salarios mínimos (expediente digital, archivo 02).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 3 de febrero de 2022, resolvió absolver a la demandada y condenar en costas al actor (Archivo 08).

Como sustento de su decisión, señaló que la pensión anticipada reconocida por el BCH era temporal y solo iba hasta el momento en que el ISS le reconociera la pensión de vejez, por ende sus características propias, como la mesada catorce, solo se mantendría durante el tiempo en

que se mantuvo esa pensión. Además, que el reconocimiento de la pensión de vejez al actor, efectuada por Colpensiones, tuvo lugar con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual limitó a trece las mesadas pensionales, sin que se encuentre exceptuada, por ser superior a 3 salarios mínimos.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, al argumentar que la pensión de jubilación reconocida por el Banco Central Hipotecario de manera voluntaria y anticipada, se estaba reconociendo por catorce mesadas pensionales al año, por lo que al hacer la conmutación con el extinto Instituto de Seguros Sociales, este estaba en la obligación de seguir reconociendo la prestación y posteriormente la pensión de vejez, debiendo respetar los derechos adquiridos; por lo cual, si el actor accedió a la pensión de jubilación antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo, constituía un derecho adquirido para seguir recibiendo las mesada adicionales.

IV. CONSIDERACIONES

Procede esta Colegiatura a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, a efectos de determinar si el demandante tiene derecho a que le sea reestablecido el pago de la mesada 14, con la pensión de vejez que disfruta.

Para dilucidar dicho problema jurídico, está demostrado que: **i)** el promotor del juicio prestó sus servicios personales al extinto Banco Central Hipotecario desde el 16 de junio de 1975 hasta el 2 de julio de 1997, **ii)** mediante audiencia de conciliación suscrita el 3 de julio de 1997, el Banco empleador le reconoció pensión temporal, anticipada y voluntaria, a partir de la fecha de terminación del contrato, en cuantía inicial de \$721.746.41, hasta el momento en que cumpliera todos los requisitos para optar por la pensión de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales (archivo 01, fls. 15 a 18) **iii)** que dicha prestación llevaba consigo el

reconocimiento de la mesada adicional de mitad de año (archivo 01, fls. 36 a 39).

El Banco Central Hipotecario entró en proceso de liquidación, por lo cual, de conformidad con los artículos 4 y 6 del Decreto 1260 del 2000, el Instituto de Seguros Sociales procedió a la conmutación de su pasivo pensional, trasladando a esta última entidad, el capital suficiente para que se hiciese cargo del cumplimiento de dicha obligación con relación a los trabajadores que venían disfrutando de pensiones reconocidas por la entidad, asumiendo su pago.

Sobre el propósito y alcance de estos preceptos, la Corte Suprema de Justicia, ha precisado que la conmutación pensional allí descrita es una medida de contingencia ante situaciones excepcionales de crisis de las empresas, que pretende garantizar el pago de las pensiones de jubilación, por cuya virtud se autoriza el traslado de la responsabilidad de pago del empleador al Instituto de Seguros Sociales, a una compañía de seguros o a una administradora de fondos de pensiones, suponiendo la permanencia de las condiciones con que fue reconocida la prestación por el empleador (Sentencias CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 42943, CSJ SL4951-2016 y CSJ SL1635-2018, reiteradas en la CSJ SL2822-2019).

En esos términos, el Instituto de Seguros Sociales sustituyó en su papel de deudor de la obligación pensional del señor Félix Prada Serrano al Banco Central Hipotecario y, por ende, continuó asumiendo esa carga económica, en los mismos términos que fueron pactados en la conciliación, hasta cuando cumpliera los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez, tal como quedó pactado en el acuerdo conciliatorio, que indica:

2. Las partes dan por terminada de común acuerdo, la relación laboral mediante la fórmula conciliatoria consistente en el reconocimiento a favor del trabajador por parte del Banco Central Hipotecario, de una pensión de vejez temporal, anticipada y voluntaria.
3. **La pensión a que se refiere el punto anterior la pagará el Banco única y exclusivamente hasta el momento en que el Instituto de Seguros Sociales asuma la pensión de vejez o de invalidez**, en consideración a que tanto el Banco como el trabajador han cotizado a

ese Instituto por más de mil semanas por los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte.

(...)

4. El señor FELIX PRADA SERRANO se compromete con el Banco, una vez cumpla con el requisito de la edad contemplado en los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales, a tramitar el reconocimiento de la pensión de vejez ante dicho Instituto y acreditarlo así al Banco. De no hacerlo, éste suspenderá el reconocimiento de la pensión de vejez temporal.

(...)

Negrillas de la Sala.

Pues bien, frente a la mesada adicional reclamada, se advierte que de conformidad con el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 *“Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994”*.

El Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso en el inciso 8º de su artículo 1º que *“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”*. Asimismo, la referida enmienda constitucional regula en el párrafo transitorio 6º que se exceptúan de lo establecido en el inciso 8º, las personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto si la prestación se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.

En el asunto bajo examen, el demandante cumplió con los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez el día 19 de septiembre del año 2013, esto es, los 60 años de edad (cédula de ciudadanía, archivo 01, fl. 13), data para la cual contaba con 1.925 semanas cotizadas, por lo que

Colpensiones le reconoció la pensión de vejez a partir de esa fecha, a través de Resolución No. GNR 267223 de 24 de julio de 2014, en cuantía inicial de \$1'911.261 (archivo 01, fl. 26 a 31).

Bajo este entendido, la pensión extralegal, temporal y anticipada de que era beneficiario el demandante, se extinguió en el momento en que Colpensiones le reconoció la pensión de vejez legal a su cargo, como administradora del Régimen de Prima Media con prestación definida, como fue pactado en el acuerdo conciliatorio; pues al asumir el Instituto de Seguros Sociales el pago de la prestación voluntaria reconocida por el BCH al actor en virtud de la conmutación pensional, solo recayó sobre aquella la obligación de pago, que inicialmente estaba a cargo del empleador, mas en manera alguna puede entenderse que se confundía en una sola la prestación por vejez.

A este respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha puntualizado en casos de connotaciones semejantes a la que ahora nos ocupa, que la pensión legal de vejez se causa de manera posterior, independiente y bajo presupuestos normativos distintos a los derivados del acuerdo conciliatorio y a la conmutación pensional, por tanto, aspectos como el relacionado con la mesada catorce deben regirse por lo dispuesto para la época en que se reúnan los requisitos para la pensión legal de vejez. Así lo refirió en sentencia CSJ SL2822-2019, reiterada en la SL576-2020.

Cumple precisar que, en este asunto no operó la compartibilidad pensional, subsistiendo el derecho pensional de jubilación a la par con la pensión de vejez, pues este fenómeno consagrado en el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, establece:

Compartibilidad de las pensiones extralegales. Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente causadas a partir del 17 de Octubre de 1985, continuaran cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de

cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el instituto y la que venía cancelando al pensionado.

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

De acuerdo con el precepto en cita, se tiene que las partes condicionaron la existencia de la pensión anticipada y voluntaria, al reconocimiento de la pensión de vejez por parte del Seguro Social, expresando tácitamente que a partir de ese momento se extinguiría el derecho prestacional jubilatorio, en el ordinal tercero de la conciliación, al indicar que la pensión allí reconocida la pagaría el Banco única y exclusivamente hasta el momento en que el ISS asumiera la pensión de vejez o invalidez, en consideración a que tanto el Banco como la trabajadora habían cotizado a ese Instituto por más de 1000 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; reiterando su voluntad en tal sentido en el numeral once, al señalar que por estar ante una pensión “*absolutamente temporal y voluntaria*”, en el evento de que el ISS le reconozca una mesada inferior a la que venía reconociendo el Banco, éste no se obliga de ninguna manera a asumir diferencia alguna.

En tal sentido, advierte la Sala que las partes, en ejercicio de la potestad otorgada por el parágrafo del artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, convinieron al momento de celebrar el acuerdo conciliatorio, la no compartibilidad de dicha pensión voluntaria con la de vejez a cargo del ISS, por lo que efectivamente al otorgarse por Colpensiones la pensión de vejez, quedó extinguida la voluntaria que le fuera inicialmente reconocida por el BCH y conmutada al ISS.

De conformidad con lo anterior, la pretensión que ahora se debate, debe estudiarse de conformidad con la pensión de vejez reconocida por Colpensiones mediante Resolución GNR267223 de 2014, cual es la que está disfrutando en la actualidad.

Bajo este entendido, en el examine la prestación se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, plazo máximo fijado por el Acto

Legislativo 01 de 2005 para acceder a este beneficio, pues la entidad reconoció la pensión a partir del 19 de septiembre de 2013, fecha en que el actor llegó a los 60 años de edad y ya contaba con el mínimo de semanas cotizadas; además, la pensión se concedió en cuantía inicial de \$1'911.261, esto es, un monto superior a 3 salarios mínimos, dado que para esta anualidad el salario mínimo legal mensual quedó fijado en la suma de \$589.500.

Así las cosas, resulta evidente que el accionante no se encuentra incurso en el supuesto previsto en el parágrafo 6º transitorio de la citada reforma constitucional, por lo que resulta acertada la conclusión de la juez de conocimiento al determinar que no tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional.

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

No se causan costas en la instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de febrero de 2022.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

036 2019 00644 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 036 2021 00252 01
DEMANDANTE: JOSÉ ALEJANDRO GUTIÉRREZ RESTREPO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 31 de octubre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 14 de octubre de 1994 a través de la AFP BBVA y las efectuadas con posteriormente. En consecuencia, se ordenó a Colfondos S.A. a entregar todos los valores recibidos como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos, intereses, rendimientos causados, así como gastos de administración y demás rubros a Colpensiones y; a esta última, a recibir esos dineros, reactivar la afiliación y actualizar y corregir la historia laboral. Se condene a las AFP al reconocimiento y pago de los perjuicios morales. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

De manera subsidiaria, solicita se declare la nulidad del traslado realizado por el accionante al régimen de ahorro individual, así como el reconocimiento prestacional de pensión de vejez o devolución de saldos que se llegue a efectuar por Colfondos S.A. En consecuencia, se ordene se ordene la entrega de todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos causados a Colpensiones y, a ésta a recibir los dineros y reactivar la afiliación, actualizando y corrigiendo la historia laboral, así como adelantar todas las actuaciones administrativas necesarias para que se dé efectivamente la devolución. Asimismo, se condene a las AFP por perjuicios morales; y a la pasiva a lo ultra y extra *petita* y costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 23 de enero de 1961; estuvo afiliado y cotizó al régimen de prima media con prestación definida administrado por la Caja Nacional de Previsión Social / CAJANAL, entre julio de 1985 y diciembre de 1994. El 14 de octubre de 1994, realizó una afiliación formal al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Horizonte Pensiones Y Cesantías S.A., hoy Porvenir S.A., efectiva a partir del 1 de enero de 1995, fecha para la cual contaba con 485 semanas cotizadas en CAJANAL y 33 años de edad. en diciembre de 2013. Afirmo que desde que le surge el derecho a elegir, 1 de abril de 1994, escogió por primera vez el Régimen de Prima media con prestación definida, por lo que para la fecha del traslado al RAIS no podía trasladarse por el requisito de permanencia. En julio de 2000, se cambió de fondo privado y se afilió a Colfondos S.A. indica que las AFP demandadas faltaron a su deber de información, nunca se le brindó algún tipo de asesoría, cálculos, proyecciones, ni consecuencias. Afirmo que de haber continuado en el régimen de prima media, podría acceder a una prestación por vejez con una mesada considerablemente superior a la que puede optar en el RAIS. Finalmente, informa que el 18 de marzo del 2021, solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 03).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante, la solicitud de traslado de régimen y la respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el accionante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 15 fls. 2 a 25).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la data de nacimiento del actor y la fecha de absorción de Horizonte S.A. Frente a los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con la vinculación a varias administradoras de fondos de pensiones privadas; además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 13 fls. 3 a 39).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la fecha de nacimiento del demandante y la afiliación a esta AFP. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación,

falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y las declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea del demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, el actor no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, carpeta 14 fls. 4 a 26).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 31 de octubre de 2022 (expediente digital, archivo 24), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por JOSÉ ALEJANDRO GUTIÉRREZ RESTREPO del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 1º de noviembre de 1994, a través de la AFP HORIZONTE, hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual del accionante durante la vigencia de la afiliación de este con dicha AFP, por gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

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

SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS a COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES Líquidense como agencias en derecho con la suma de un 1 SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas.

OCTAVO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones manifestó que el accionante no tenía expectativa legítima de pensionarse con mi representada cuando se trasladó el régimen pensional y que por su nivel académico y profesional tenía plena facilidad de conocer las consecuencias del negocio jurídico que suscribió con las AFP; tampoco le asiste derecho a retornar al régimen de prima media, por encontrarse dentro de la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003, por lo que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Asimismo rechaza la condena en costas, toda vez que ha actuado bajo los parámetros legales que le corresponden y haciendo el uso de la línea de defensa judicial estipulada en la mencionada ley.

La AFP Porvenir S.A. solicita se revoque la condena en atención a que el traslado es completamente válido, ya que precedido de la debida información o asesoría, y lo fue de manera libre y voluntaria, sin presión o apremio y, que el formulario de afiliación suscrito con Horizonte es un medio probatorio. Se opuso a la condena por traslados de gastos de administración y seguros provisionales de forma indexada, por cuanto no corresponden a dineros destinados a financiar la pensión de la demandante en caso que se hubiere pensionado con Porvenir,

correspondiendo a sumas pro su debida gestión. Así mismo las sumas por concepto de prima de seguro previsional, por cuanto ya estas no se encuentran en su poder, sino en poder de la compañía aseguradora que se contrató para poder cubrir o financiar las prestaciones que por mandato legal así lo requerían; y en lo referente a la indexación, afirma que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones

del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó a Cajanal desde el 10 de julio de 1985 al 24 de octubre de 1994 (expediente digital, archivo 6 fl. 17), fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, archivo 13 fl. 40); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP

Colfondos Pensiones y Cesantías, a partir del 25 de julio de 2000 (expediente digital, documento 06, fl. 14).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que entró o entré a trabajar al Instituto de Crédito territorial el 10 de julio de 1985, fecha para la cual fue afiliado a Cajanal, que era la entidad que tenía a los servidores públicos para prestaciones sociales. Se trasladó a Horizonte en octubre de 1994, por cuanto fue una asesora, le dio una información muy básica, en el sentido que se podía trasladar considerando que Cajanal iba a ser liquidada al igual que el seguro social, y un fondo privado les daría la seguridad de no quedar en incertidumbre; recuerda que la asesora le dijo que iba a poder pensionarse antes e la edad requerida, al momento en que él lo decidiera, con mejor ingreso de la que podía ofrecerle la Caja. El asesor no le explicó que eran una cuenta ahorro individual, que eran los rendimientos financieros, cuáles eran las modalidades para pensionarse por vejez en el fondo privado, o sobre las compañías aseguradoras para efectos de las pensiones de sobrevivientes e invalidez, ni respecto de aportes voluntarios. La señora le preguntó sus datos personales y luego él firmó el formulario; no le explicó el derecho de retracto. En julio de 2000 se trasladó a Colfondos, porque fue una asesora a su puesto y le explicó que el bono pensional era el tiempo que hubiera trabajado con el Estado, que eso tenía que ingresar al fondo privado para que formara parte de la pensión, y que ellos se ofrecían a tramitarlo; en esta oportunidad tampoco se le explicaron los detalles. No leyó los formularios. No recibió alguna asesoría en la que le indicara que podían retornar al régimen de prima media administrado por pensiones. Afirma que de haber tenido la información correcta, no se habría trasladado de régimen.

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

diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ordenó, recibir recursos e imputarlos a la historia laboral de la demandante.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 31 de octubre de 2022, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la decisión de primera instancia, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones 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: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **DECLARAR** que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

CUARTO: CONFIRMAR en lo 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



ÁNGELA LUCÍA MYRILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 031 2021 00061 01
DEMANDANTE: WILLAR GAMBOA TORRES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES.
GENERAL MOTORS COLMOTORES

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Visto el memorial de sustitución de poder allegado en esta instancia por la apoderada general de la parte demandada (folio 13 y ss), se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con Cedula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J.

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de enero de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare que le asiste el derecho a la pensión de vejez por parte de Colpensiones, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; en consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar la prestación aludida, a partir del 24 de abril de 2019, debidamente actualizada, lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que laboró por 21 años y 3 meses, continuos al servicio de la empresa GENERAL MOTORS – COLMOTORES S.A., desempeñándose como pintor, mediante contrato a término indefinido, que culminó por retiro voluntario. Que al cumplir la edad exigida para acceder a la pensión de vejez, acudió a Colpensiones con el fin de obtener la historia laboral, encontrando que solo se le reportaban 85.71 semanas cotizadas, por lo que solicitó la corrección. Acudió a su empleador, quien expidió constancia de la vinculación laboral, en donde consta que trabajó del 18 de octubre de 1977 al 12 de enero de 1999 y, certifican que aunque no tienen soportes de los aportes, sí fueron realizados.

Indica que al entrar en vigencia la Ley 797 de 2003, contaba con 1104 semanas cotizadas. Que Colpensiones omitió ejercer las acciones legales para obtener el cumplimiento de la empresa en la obligación de cancelar los aportes a seguridad social. Que solicitó la pensión de vejez, pero la misma fue negada, aduciendo que era necesario adelantar un trámite conjunto para definir el estado real de la afiliación; sin que a la fecha se haya dado respuesta (Exp. digital, archivo 001).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la relación laboral del demandante con Colmotores S.A., la totalidad de semanas reportadas en la historia laboral, la solicitud de corrección, la certificación laboral expedida por la empleadora, la solicitud de pensión de vejez, y su falta de respuesta respecto del estado de afiliación. Manifestó que los demás hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el demandante solo reporta 85.71 semanas plenamente validadas, comprendidas entre el 1º de enero de 1995 y el 31 de enero de 1999; que no cuenta con los requisitos de régimen de transición, y que el tiempo laborado con Colmotores S.A. se encuentra en proceso de validación; que se encontró novedad de deuda respecto de los periodos correspondientes a los años 1996 a 1999 y, que una vez sean validados plenamente los tiempos de la relación con Colmotores S.A., se podrá proceder con la ratificación de dichos ciclos dentro de su historia laboral (expediente digital, archivo 016 fls. 2 a 9).

Mediante auto del 5 de mayo de 2021, se dispuso la vinculación de GENERAL MOTORS - COLMOTORES S.A., como litisconsorte necesario; quien al pronunciarse sobre la demanda, rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro

de lo no debido, compensación, pago, prescripción, buena fe de General Motors Colmotores S.A., allanamiento a la mora por parte del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones y, las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que durante la vigencia de la relación laboral que sostuvo con el actor, realizó de manera completa y oportuna, los aportes a pensiones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES y a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a la cual el demandante solicitó la vinculación a través de formulario del 26 de septiembre de 1996 (expediente digital, documento 021 fls. 3 a 26).

Finalmente llamó en garantía a Colpensiones, para que registre y tenga en cuenta para efectos de la pensión de vejez solicitada por el actor, los aportes efectuados por la empresa entre el 18 de octubre de 1977 y el 12 de enero de 1999, actualice la historia laboral y, reconozca y pague las costas de la demanda. Se fundamentó en que en virtud de la relación laboral con el actor entre el 18 de octubre de 1977 y el 12 de enero de 1999, afilió y realizó de manera completa y oportuna aportes al actor, al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, en atención a lo cual, la entidad de seguridad social, subrogó el riesgo de vejez con dicha entidad (documento 021 fls. 27 a 30).

Al dar contestación al llamamiento, Colpensiones manifestó que una vez se tenga confirmación de la totalidad de las cotizaciones efectuadas por parte del empleador, será procedente la actualización y posterior corrección de la historia laboral del accionante (documento 023).

I. II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 18 de enero de 2022, resolvió absolver a la demandada y a la vinculada, e impuso costas al demandante (documento 049).

Como sustento de su decisión, señaló que el demandante se encuentra afiliado a Porvenir desde el 27 de septiembre de 1996, encontrándose actualmente en el régimen de ahorro individual con solidaridad y no en el régimen de prima media con prestación definida, no siendo Colpensiones la llamada a realizar el reconocimiento pensional.

I. III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el demandante aduce que se presenta el fenómeno de la multifiliación, analizado en el decreto 3995 de 2008 y, que si bien está afiliado a Porvenir, el mayor aporte que hizo al sistema de seguridad social lo fue a Colpensiones, siendo ésta la entidad que debe ser condenada al pago de su pensión.

I. IV. CONSIDERACIONES

No fue discutido que: *i)* el demandante nació el 3 de septiembre de 1957 y cumplió los 60 años de edad, el mismo día y mes del año 2017; *ii)* se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 01 de octubre de 1975, en donde realizó cotizaciones hasta el ciclo de septiembre de 1996, por 1031.7 semanas y; *iii)* en el mes de septiembre del año 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A., realizando aportes hasta el mes de marzo de 1999, por 233.1 semanas de cotización.

Así se verifica con el registro civil de nacimiento del actor (archivo 003, fl. 1), el reporte de semanas cotizadas a Colpensiones (archivo 035), el oficio del 5 de julio de 2018 dirigido por Colpensiones al accionante (archivo 003, fl. 18 a 19 y archivo 21, fl. 34 a 35), el aviso de entrada al Instituto de Seguros Sociales por parte del empleador Colmotores, que data del 18 de octubre de 1977 (archivo 21, fl. 37), el formulario de vinculación a Porvenir S.A. (archivo 021, fl. 38), el RUAF del actor de fecha 11 de junio de 2021 (archivo 021, fl. 45), la certificación de afiliación de Porvenir (archivo 043, fl. 5), la liquidación de bono pensional (archivo 043, fl. 6 a 8), la historia laboral consolidada (archivo 043, fl. 9 a 14) y, la relación de aportes a la AFP (archivo 043, fl. 15 a 17).

De conformidad con el principio de consonancia de que trata el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala analizarán las pretensiones a la luz de los argumentos expuestos como sustento del recurso de apelación, por lo que lo primero que deberá entrarse a analizar es si se presenta el fenómeno de la multifiliación.

Para resolver, es importante recordar que con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios (i) el de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual.

A su vez, el artículo 13 *ibídem*, en su literal b) señala que “*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte*

del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado...”. Y, el literal e) establece que, “Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional”; posteriormente el término se amplió a 5 años, con la Ley 797 de 2003.

En el mismo sentido, el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, prohíbe la múltiple vinculación, por lo cual, los traslados de régimen sólo pueden hacerse dentro de los plazos fijados para el efecto, y en este entendido indica que *“cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria”.*

Planteadas así las cosas, observa la Sala que en el caso bajo estudio, no nos encontramos en una situación de multifiliación, pues para que esta exista, debe presentarse el hecho de que no sea válida la última afiliación efectuada a un régimen, por no haberse realizado dentro de los términos previstos en la ley. El artículo 17 del Decreto 692 de 1994 al prohibir la múltiple vinculación, señaló que el afiliado sólo podrá trasladarse de régimen o de administradora de pensiones, cuando dicho cambio se lleve a cabo en los plazos que para tal efecto se tienen fijados, resultando válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales (Sentencia del 4 de julio de 2012, Radicación N° 46106, Sala Laboral – Corte Suprema de Justicia).

De esta manera, en el *sub lite* el demandante se encontraba afiliado al sistema general de pensiones al régimen de prima media con prestación definida, a través del ISS desde el 1º de octubre de 1975, efectuando cotizaciones hasta septiembre de 1996 y, en octubre de ese año, se afilió a la AFP Porvenir S.A., a través de la suscripción del formulario de vinculación, en donde continuó realizando aportes hasta el mes de marzo de 1999, sin realizar cambio o cotizaciones posteriores a ninguna de las administradoras, por lo que lejos de presentarse la figura de la multifiliación o multivinculación, encontramos que hasta el momento la vinculación del actor legalmente válida es la que hiciera con la última administradora, esto es, Porvenir S.A.

Cumple precisar, que los 3 años a que hace referencia el artículo 15 del Decreto 692 de 1994, no se contabilizan desde el 1º de abril de 1994, data en la que entró en vigencia la Ley 100, como si a partir de allí, determinado afiliado hubiere seleccionado por primera vez cualquiera de los regímenes pensionales, sino que la vinculación inicial se cuenta desde el periodo previo y, en este entendido, el inciso final del artículo 11 *ejusdem*, dispuso que quienes se encuentren vinculados al ISS, a 31 de marzo de 1994, *“pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación”*, evento en el cual *“no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado”*.

Conforme a lo anterior, como el demandante venía cotizando al extinto ISS desde el 1º de octubre de 1975 y se encontraba vinculado a 31 de marzo de 1994, según el reporte de semanas cotizadas en pensiones (archivo 035 45), podía trasladarse de régimen en cualquier momento, como en efecto sucedió (CSJ SL8215-2016, SL12584-2017).

De manera que, en el caso del actor, el traslado de régimen pensional surtido en octubre de 1996 a la AFP Porvenir S.A. (archivo 021, fl. 38), se dio con atención a los tiempos legales de permanencia mínima, sin que se dieran en manera alguna, los presupuestos de una multiafiliación de acuerdo con el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, aunado a que de los reportes de semanas, historia laboral consolidada y estado de cuenta de Porvenir S.A., tampoco se vislumbran cotizaciones simultáneas en uno y otro régimen, en la medida en que cotizó en el régimen de prima media entre el 1º de octubre de 1975 y el 30 de septiembre de 1996, y en el RAIS desde octubre de 1996 hasta el mes de marzo de 1999.

Ahora bien, tampoco puede entenderse que se deba entender vinculado el trabajador a la administradora donde realizó el mayor número de cotizaciones, esto es, en Colpensiones, como lo arguye la parte actora en su recurso con fundamento en el Decreto 3995 de 2008, pues de conformidad con el artículo 1º de dicho ordenamiento, esto se aplica a los afiliados al Sistema General de Pensiones que al 31 de diciembre de 2007, se encuentren incursos en situación de múltiple vinculación entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, situación que difiere del caso bajo estudio.

Es así como el mencionado decreto establece las reglas para definir a qué régimen pensional está válidamente vinculada una persona que se encuentra en estado de **múltiple vinculación** al 31 de diciembre de 2007, y en este entendido, señala que cuando el afiliado en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotizaciones efectivas, entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones y, *“en caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva”*.

En el mismo entendido en el artículo 3º ibídem, se establece que: *“Las personas que venían vinculadas al Instituto de Seguro Social, ISS, antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, que no diligenciaron un formulario de afiliación o de ratificación ante dicho Instituto y seleccionaron el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, RAIS, con o sin observancia del término legal establecido, también se entenderán válidamente vinculadas al RAIS”*.

De conformidad con lo anterior, observa la Sala que la afiliación legalmente válida en el presente asunto es la que tiene el actor con la AFP Porvenir S.A., al régimen de ahorro individual con solidaridad, válidamente efectuada desde octubre de 1996, y en donde realizó sus cotizaciones hasta marzo de 1999, sin que obre en el expediente prueba de cotizaciones posteriores en ninguno de los 2 regímenes o, al menos se haya alegado haberlas efectuado; y en este sentido, existe falta de legitimación en la causa por pasiva frente a COLPENSIONES, para la reclamación de la prestación de vejez solicitada.

Las razones anteriores, resultan suficientes para **CONFIRMAR** la sentencia apelada, en cuanto concluyó que el actor no se encuentra vinculado al régimen de prima media con prestación definida a cargo de la administradora de pensiones demandada y, en consecuencia, no hay lugar a acceder a sus pretensiones.

No se causan costas en la alzada.

I. V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de enero de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

SEGUNDO: No se causan costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA 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 2020 00361 01
DEMANDANTE: FABIO AVENDAÑO BOCANEGRA
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de abril de 2022. Igualmente, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, entidad de la cual es garante la Nación.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que fue retirado de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero el 27 de junio de 1999, por liquidación de la entidad, sin haber cumplido la edad de 55 años y con 20 años de servicio, causando su derecho pensional en esa fecha, por virtud del parágrafo 1 del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo vigencia 1.998 – 1.999, mucho antes de la vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, por lo que tiene derecho a la mesada adicional de junio o, mesada catorce, desde que cumplió la edad para disfrutar el derecho pensional convencional, esto es, el 6 de enero de 2006. En consecuencia, se condene a la demandada a restablecer, liquidar y pagar, debidamente indexada, la mesada catorce o mesada adicional de junio,

causada desde junio de 2013, hasta cuando sea incluido en nómina y, las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que laboró en la entonces Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por más de 20 años, en calidad de trabajador oficial, hasta el 27 de junio de 1999, fecha en que la empleadora dio por terminado su contrato de trabajo, sin haber cumplido la edad de 55 años; por lo que adquirió el derecho de la pensión convencional en esa data, haciéndose exigible una vez cumplió los 55 años, esto es, el 06 de enero de 2006. Que la extinta Caja Agraria, emitió Resolución No. DP04396 de 27 de febrero de 2006, por medio de la cual le reconoció la pensión de jubilación convencional a partir del 06 de enero de 2006, en cuantía inicial de \$1.000.246,98, equivalente al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, esto es, sobre \$1.333.662,64, reconociendo y ordenando el pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce. Mediante Resolución N. 3105 de 2012, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, procedió a indexar la pensión en la suma de \$1.612.001,28, a partir de la data de reconocimiento; de manera sorpresiva, unilateral y sin que mediara autorización del pensionado ni orden judicial, no se ordenó el pago de la mesada adicional de junio de 2013. Finalmente, manifiesta que agotó la reclamación administrativa (expediente digital, archivo 01, fls. 3 a 13).

Al dar respuesta a la demanda, la UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones, salvo a la referente a la desvinculación del actor de la entidad. En cuanto a los hechos aceptó la vinculación del demandante a la Caja Agraria, la fecha de terminación del contrato, el tiempo, sin cumplimiento de los 55 años de edad, el reconocimiento de la prestación pensional, su cuantía, la indexación y, la reclamación administrativa. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, buena fe, y las demás declarables de oficio. Argumentó que el Acto Legislativo 01 de 2005 impide el reconocimiento de la mesada reclamada, por cuanto el cumplimiento de todos los requisitos para acceder a la pensión se dio con posterioridad a su entrada en vigencia y, su mesada pensional es superior a tres salarios mínimos (expediente digital, archivo 04, fls. 2 a 10).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de abril de 2022 (archivo 10), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, a reconocer la mesada adicional o mesada 14 prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 al demandante Fabio Avendaño Bocanegra, identificado con la C.C. No. 14.214.990, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas adicionales causadas con anterioridad al 3 de noviembre de 2017 y en consecuencia se condenará a la demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social a pagar un retroactivo de la mesada 14 a favor del demandante Fabio Avendaño Bocanegra a partir del 30 de junio de 2018 y liquidado hasta el 2021.

TERCERO: CONDENAR a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP a pagar en favor del demandante Fabio Avendaño Bocanegra, la suma de \$12.237.747 por concepto de retroactivo pensional de las mesadas adicionales causadas entre el 30 de junio de 2018 al 30 de junio de 2021, suma que se encuentra debidamente indexada, sin perjuicio de las que se sigan causando a futuro y hasta el momento en que se dé la prestación en nómina de pensionados.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte accionada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, dentro de las que se incluirán por agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

QUINTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE con el superior.

Como sustento de su decisión, señaló que la pensión de jubilación que disfruta el demandante se causó una vez se produjo el retiro de la entidad, por lo que no le son aplicables las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005 y tiene derecho al pago de la mesada adicional deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, al argumentar que el demandante no cumple con los requisitos de ley para el reconocimiento de la mesada 14, pues los requisitos de edad y tiempo de

servicios establecidos en el artículo 41 de la convención, son concurrentes, causándose la prestación del actor con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, aunado a que su mesada pensional es muy superior a 3 salarios mínimos.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si el actor tiene de derecho a que la pensión de jubilación convencional que disfruta le sea otorgada a razón de 14 mesadas al año.

Para dilucidar dicho problema jurídico, está demostrado que: **i)** el promotor del juicio prestó sus servicios personales a la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 2 de agosto de 1975 hasta el 27 de junio de 1999 (archivo 04, fl. 69), **ii)** la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en liquidación le reconoció pensión de jubilación convencional a partir del 6 de enero de 2006, en cuantía inicial de \$1'000.246,98 (archivo 01, fls. 17 a 20), y **iii)** el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, quien subrogó a la empleadora, le indexó la primera mesada mediante Acto Administrativo N.º 3105 de 10 de septiembre de 2012, en cuantía inicial de \$1.612.001,28 (fls. 21 a 23).

Frente a la mesada adicional reclamada, se advierte que de conformidad con el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 *“Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por*

el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994”.

El Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso en el inciso 8º de su artículo 1º que *“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.* Asimismo, la referida enmienda constitucional regula en el párrafo transitorio 6º que se exceptúan de lo establecido en el inciso 8º, las personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto si la prestación se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.

En relación con las pensiones convencionales, recuerda la Sala que el Acto Legislativo N.º 01 de 2005 por el cual se reforma el artículo 48 de la Constitución Nacional, dispone en el tercer párrafo transitorio, que las reglas de carácter pensional que regían a la fecha de su vigencia contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrían por el término inicialmente estipulado. Y precisó que en los pactos, convenciones o laudos que se suscribieran entre la vigencia de dicho Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrían estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encontraran vigentes. En todo caso, dispuso el Acto Legislativo, que perderían vigencia el 31 de julio de 2010.

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

En el presente caso, la norma convencional al amparo de la cual fue reconocida la prestación a la actora señala:

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

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

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

Frente a dicha cláusula convencional, en reiterada jurisprudencia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que la causación del derecho a la pensión se da únicamente con el tiempo de servicios prestados, dado que la edad es simplemente un requisito de exigibilidad, así lo refirió en sentencias CSJ SL289-2018, SL 526 de 2018, SL3197-2018.

En esa línea de pensamiento, se advierte que el accionante prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 2 de agosto de 1975 hasta el 27 de junio de 1999 esto es, por más de 20 años (archivo 04, fl. 69). Ahora, como quiera que nació el 6 de enero de 1951, alcanzó la edad de 55 años el mismo día y mes del año 2006 (archivo 01, fl. 16 copia cédula de ciudadanía). En consecuencia, el promotor del juicio causó el derecho a la pensión el 27 de junio de 1999 y por tanto tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional implorada como acertadamente concluyó la Juez de primer grado.

Prescripción

En el asunto bajo examen operó el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que el derecho se hizo exigible el 6 de enero de 2006, se le dejó de pagar a partir de la Resolución 3105 de 10 de

septiembre de 2012 y, el demandante reclamó ante la entidad por primera vez el reconocimiento de la mesada el 23 de agosto de 2017 (archivo 04, fls. 198 a 200), interrumpiendo el término prescriptivo por un lapso igual, por una sola vez; presentó una segunda reclamación el 22 de enero de 2020 (archivo 01, fls. 25 a 27), presentándose la demanda el 3 de noviembre de 2020 (archivo 01, fl. 109) esto es, fuera del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y el 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social,. En consecuencia, las mesadas causadas con anterioridad al 3 de noviembre de 2017 se encuentran prescritas, como acertadamente concluyó la primera instancia.

Indexación

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

Descuentos para salud

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

Retroactivo pensional

Dado que el retroactivo pensional continuará causándose, que las mesadas deben ser indexadas y se deben efectuar los descuentos para el sistema de salud, resulta inoficioso establecer un monto de retroactivo

pensional, el cual deberá ser determinado por la entidad al momento de ingresar la novedad en la nómina de pensionados, para el efecto se tendrá como mesada pensional para cada año las siguientes:

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada
1/01/2006	31/12/2006		\$ 1.612.001,28
1/01/2007	31/12/2007	4,48%	\$ 1.684.218,94
1/01/2008	31/12/2008	5,69%	\$ 1.780.050,99
1/01/2009	31/12/2009	7,67%	\$ 1.916.580,91
1/01/2010	31/12/2010	2,00%	\$ 1.954.912,52
1/01/2011	31/12/2011	3,17%	\$ 2.016.883,25
1/01/2012	31/12/2012	3,73%	\$ 2.092.113,00
1/01/2013	31/12/2013	2,44%	\$ 2.143.160,55
1/01/2014	31/12/2014	1,94%	\$ 2.184.737,87
1/01/2015	31/12/2015	3,66%	\$ 2.264.699,27
1/01/2016	31/12/2016	6,77%	\$ 2.418.019,42
1/01/2017	31/12/2017	5,75%	\$ 2.557.055,53
1/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 2.661.639,10
1/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 2.746.279,23
1/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 2.850.637,84
1/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 2.896.533,11
1/01/2022	31/12/2022	5,62%	\$ 3.059.318,27
1/01/2023	31/12/2023	13,12%	\$ 3.460.700,82

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

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

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de abril de 2022, únicamente en el sentido de indicar que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP deberá cancelar al demandante el retroactivo pensional correspondiente a las mesadas adicionales de junio causadas a partir del 3 de noviembre de 2017, las que deberán ser indexadas desde su causación hasta que se verifique el pago de la obligación; sumas sobre las cuales, la entidad se encuentra autorizada a deducir los aportes al sistema de seguridad social en salud del demandante. Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes valores:

2018	4,09%	\$ 2.661.639,10
2019	3,18%	\$ 2.746.279,23
2020	3,80%	\$ 2.850.637,84
2021	1,61%	\$ 2.896.533,11
2022	5,62%	\$ 3.059.318,27
2023	13,12%	\$ 3.460.700,82

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
002 2020 00361 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 007 2019 00154 01
DEMANDANTE: LUIS HERNÁN VARGAS PÉREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTLAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Visto el memorial de sustitución de poder allegado en esta instancia por la apoderada general de la parte demandada (archivo 3), se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. MARIA CLAUDIA TOBITO MONTERO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.020.786.735 y T.P. No. 300.432 del C.S. de la J.

SENTENCIA

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

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare que existió un vicio del consentimiento que indujo a error en la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A. y, su consecuente *“nulidad o invalidez del acta o formulario de afiliación”*. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir a devolver a Colpensiones sus aportes y, a esta última a recibirlo

en calidad de afiliado. Así mismo, se condene a todo lo extra y ultra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 4 de octubre de 1956 y tiene 62 años. Cotizó al sistema general de pensiones desde el 26 de octubre de 1977 al 31 de diciembre de 1994, cuando se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. Indicó que promotores de la AFP le informaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que lo más favorable para su futuro sería vincularse al fondo privado, en donde su mesada pensional sería igual que en el ISS, además que se pensionaría anticipadamente. 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. Aseguró que se configura error en la naturaleza del acto generado por negligencia de la AFP al faltar al deber legal de información al momento del traslado. Sostuvo que de continuar vinculado al RAIS su mesada ascenderá a \$781.242 a los 64 años, entre tanto en Colpensiones ascendería a \$1'113.333 a los 62 años. Solicitó a las demandadas la nulidad del traslado, pero le fue negada (expediente digital, documento 01 fls. 4 a 16).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento y edad del actor, su afiliación al régimen de prima media, el traslado de régimen, la proyección de la mesada pensional en el RPM, la reclamación administrativa y su respuesta negativa. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que el demandante se vinculó en forma libre, espontánea y que no es beneficiario del régimen de transición. Asimismo, que el accionante

está incurso en una prohibición de retornar a prima media en razón a la edad (expediente digital, archivo 01 fls. 81 a 112).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que cumplió con la obligación de información en los términos establecidos para la fecha del traslado y que el accionante no hizo uso del derecho de retracto (expediente digital, documento 01 fls. 153 a 182).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 6 de abril de 2022 (expediente digital, documento 15), resolvió:

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por: el señor demandante Luis Hernán Vargas Pérez con la AFP Colpatria hoy Porvenir del 7 de julio de 1994 contenida en el formulario No. 15231.

SEGUNDO: ORDENAR a Porvenir a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el demandante, 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 a devolver igualmente todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del demandante mientras estuvo afiliado a este fondo privado desde 1994, tales como gastos de administración, comisiones o cualquier otro emolumento descontado de dichos aportes, los cuales deben ser devueltos y reintegrados a Colpensiones debidamente indexados a título de actualización monetaria.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliado al régimen de prima media con prestación definida al señor demandante desde su afiliación inicial al Instituto de Seguro Social.

QUINTO: Dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y Porvenir.

SEXTO: Las costas son a cargo de Porvenir, las agencias en derecho se tasan a favor del demandante en dos salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago. No hay lugar de condena en costas contra Colpensiones.

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

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que el demandante al absolver el interrogatorio de parte presentó incongruencias frente a la falta de deber legal de información por parte de la AFP, y da a entender que al momento del traslado si fue informado sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS. Sostuvo que la inconformidad en el monto de la pensión no es un argumento válido para retornar a RPM, ni pueden equipararse los efectos de la falta al deber de información. Señaló que con la declaratoria de ineficacia de traslado se afectaría la sostenibilidad financiera y descapitalización del sistema. Refirió que la inversión de la carga de la prueba no aplica de manera automática.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia al argumentar que cumplió con el deber legal de información en los términos previstos para la época y no se acreditó la configuración de vicio del consentimiento alguno en el acto jurídico y no es posible exigir que se acrediten requisitos incorporado el ordenamiento jurídico con posterioridad. Refirió que el demandante faltó a sus deberes como consumidor financiero y que el desconocimiento de la ley no exime de responsabilidad. Indicó que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración, primas de seguro previsionales y demás sumas que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, pues generaría un enriquecimiento sin justa 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 el actor.

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió Instituto de Seguros Sociales, el 26 de octubre de 1977 (expediente digital, archivo 02, fls. 15 a 21) y, migró al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. en agosto de 1994 (expediente digital, documento 1, fls. 21 a 26 y 52 a 55).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que en 1994 a su lugar de trabajo una promotora de Horizonte le informó que el Instituto de Seguros Sociales estaba quebrado y se acabaría, por ende, la plata se perdería, que debía trasladarse a un fondo privado para no perder su pensión. Adujo que no leyó el formulario de afiliación, que la asesora lo diligenció con datos que él le proporcionaba. Indicó que la AFP le proporcionó un préstamo a la empresa donde laboraba para tener más liquidez y que para apoyar a la empresa los empleados se trasladaron a este fondo. Refirió que no se interesó por su futuro pensional, porque nunca pensó llegar a pensionarse. Señaló que no fue informado sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen. Aceptó que el motivo para retornar a prima media es por 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).

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

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

recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

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

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de abril de 2022, en el sentido de declarar únicamente la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia de primera instancia, que quedarán en uno solo, del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse

esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 007 2021 00277 01
DEMANDANTE: MARY ALCIRA JIMÉNEZ ROJAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de septiembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A., o en subsidio, se declare la nulidad de dicho traslado.; se declare válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar a Colpensiones los aportes realizados al régimen de ahorro individual, los rendimientos y demás sumas causadas en su favor. Asimismo, se ordene a Colpensiones a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas en el RAIS y; se condene a las demandadas a pagar las costas y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 11 de julio de 1966. Se afilió al sistema general de pensiones en octubre de 1986, cotizando al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones. En el mes de

junio de 2001, se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que no fue asesorada e informada por el fondo de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre regímenes, prestaciones económicas, beneficios, desventajas e inconvenientes y, en general, las implicaciones y consecuencias sobre sus derechos pensionales. Que acredita un total de 1.242 semanas y se encuentra cotizando. Afirma que de conformidad con la liquidación de mesada pensional en el régimen de prima media, se estableció una mesada pensional para el 2021 de \$4.671.499, mientras que en el RAIS lo sería de \$1.087.614. El 20 de abril de 2021 solicitó a las demandadas la nulidad o ineficacia de traslado, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 01).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora, la afiliación al ISS, el traslado al RAIS, y la petición de traslado con respuesta negativa. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; que no tenía ningún derecho consolidado o expectativa legítima y en todo caso no hizo uso del derecho de retracto (expediente digital, archivo 11).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera libre e informada, garantizando el derecho de

retracto; además que no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, documento 14 fls. 1 a 25).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de septiembre de 2022 (expediente digital, documento 23), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora demandante Mery Alcira Jiménez Rojas con la AFP Porvenir del 13 de junio del 2001, contenida en el formulario No. 01569920.

SEGUNDO: ORDENAR a Porvenir a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante Mery Alcira Jiménez Rojas, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la señora demandante desde el año 2001, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede a Porvenir el término de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del auto o del obedecimiento al Superior, es decir una vez ejecutoriada esta sentencia, deberá presentar un informe debidamente discriminado con todos los valores objeto de devolución, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos de los aportes objeto de devolución con su indexación y toda la información relevante que lo justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: Dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y Porvenir.

SEXTO: Las costas son a cargo de Colpensiones y Porvenir y las agencias en derecho se tasan en 2 SMMLV, a la fecha del pago, a cargo de cada fondos demandado.

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

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información veraz, completa, clara y precisa para que la demandante tomara una decisión voluntaria, consciente e, informada de trasladarse de régimen, lo que conduce a declarar la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que con la declaratoria de ineficacia del traslado se está afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones. Que para la fecha en que la demandante se trasladó, no existía la obligación legal de guardar documentación o prueba alguna de que se haya suministrado la información necesaria para tomar la decisión del traslado. Finalmente, solicita que de mantenerse la condena, se ordene a Porvenir pagar los perjuicios económicos en atención a la teoría del daño y mantener la decisión respecto del reintegro de la totalidad de cotizaciones.

La AFP Porvenir S.A. arguye que a la actora se le brindó la información y fue acompañada por parte de un promotor del fondo y recibió información clara de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad. Precisa que las características, condiciones y modalidades pensionales propias de los regímenes pensionales están consagrados en la Ley 100 de 1993, norma que procede de alcance nacional, que impone su conocimiento a todos los ciudadanos, por tanto, no se puede alegar la ignorancia como excusa. No se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b del artículo 113 Ley 100 de 1993, por cuanto configuraría un enriquecimiento sin justa causa a su favor. Se opone a la indexación, teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones de las AFP se encuentran las de generar la rentabilidad mínima de las cuentas, por lo que resulta incompatible ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro de la parte demandante no se ven afectados por la inflación, por el contrario, ha generado rendimientos.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia

adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de*

la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

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

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, la actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 30 de octubre de 1986 (historia laboral, archivo 13) y, migró al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el 13 de junio de 2001, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 14, fl. 89 y 93).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se trasladó de Colpensiones a Porvenir a partir del 2001, cuando era orientadora de la sección de Secundaria, en el Crear Cooperativo. Que en ese entonces, llegaban brigadas de los fondos privados y un grupo de asesores de Porvenir les hizo una charla, en donde les dijeron que había un movimiento entre los diferentes fondos y que el Seguro Social tenía una posibilidad de que se iba a acabar; el asesor le preguntó sus datos, llenó el formulario y ella lo firmó; lo hizo de manera voluntaria, ante el convencimiento de que el ISS se acabaría. Indica que en ese momento le llamó mucho la atención que le dijeron que iba a tener la posibilidad de que ese ahorro que iba a hacer, cuando terminara y llegara su pensión, le quedaba no solamente a sus papás, sino también a su esposo e hija y, que más adelante podía ahorrar más para salir con una pensión más alta. No hizo ahorros voluntarios. Porvenir no le hizo reasesoría antes de los 47 años, afirma que antes de cumplir esa edad fue al fondo porque quería pasarse a Colpensiones y una asesora le dijo que ya no podía. Quiere pasarse a Colpensiones porque en el fondo privado se pensionaría con un

salario mínimo, y cuando tuvo la asesoría con los abogados le dijeron que con Colpensiones será más o menos de 4 millones de pesos. En la asesoría no pudo hacer preguntas; el asesor le dijo que le iban a descontar un ahorro mensual para su pensión y que si ahorraba más le iba a salir más alta la pensión. No le informaron sobre rendimientos financieros; si le llegaban extractos no fue consciente de eso. No ha actualizado sus datos en Porvenir. No ha radicado queja o reclamo. No solicitó simulación pensional. Cuando se trasladó estaba convencida que la pensión en ambos fondos le saldría igual.

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

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

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

Por ello la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación o el traslado, para declarar únicamente la última, porque este es el acto de vinculación inicial al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta al deber de información al momento del traslado del régimen de prima

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

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

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

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

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

No se causan costas en este grado jurisdiccional.

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

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

CUARTO: Sin **COSTAS** en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



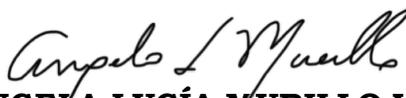
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 008 2021 00460 01
DEMANDANTE: JUAN JOSÉ BOTELLO CASTELLANOS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso interpuesto por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de octubre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare que la AFP Porvenir incumplió el deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente y objetiva; por consiguiente, se declare ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A., y que el accionante nunca se trasladó de régimen y se encuentra válidamente vinculado a Colpensiones. En consecuencia, condenar a la AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento y, a la última a recibir la totalidad de esos dineros. Se condene a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones narró que inició sus aportes a pensión en el régimen de prima media con prestación definida, y para el mes de julio de 2003 empezó a realizarlos al RAIS, a través de la AFP Porvenir. Adujo que el fondo no desplegó una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del régimen; no le informó de forma adecuada y completa las características y diferencias de cada régimen pensional, la incidencia del cambio en su futuro pensional, ni la posibilidad de regresar al RPM. Expuso que, según proyección pensional, en la AFP recibiría una mesada pensional de \$990.367 a los 62 años de edad, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$2.949.192. Finalmente, que reclamó el traslado de régimen, pero fue negado (expediente digital, archivo 02 fls. 1 a 12).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las peticiones. Admitió la afiliación al régimen de prima media, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no le constan los demás hechos. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y, las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que el acto jurídico cuestionado no adolece de causal de nulidad, que la parte actora no se encuentra dentro del límite temporal para el traslado en razón de la edad y, que el actor no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, archivo 10 fls. 2 a 10).

La AFP Porvenir S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó como ciertas las cotizaciones en la AFP. Frente a los demás expuso que no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe. En su defensa, argumentó que cumplió con los requisitos establecidos en la normatividad vigente para la data del traslado, que el acto jurídico fue adelantado por una persona capaz que tenía obligaciones y contó con oportunidades para retornar a prima media (expediente digital, archivo 09 fls. 2 a 26).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de octubre de 2022 (expediente digital, archivo 18), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor Juan José Botello Castellanos realizado del régimen de prima media al rais acaecido el día 28 de abril del año 2003 mediante a su afiliación a Porvenir S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a Colpensiones a admitir el traslado del régimen pensional del señor Juan José Botello Castellanos.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor Juan José Botello Castellanos, tales como cotizaciones, bonos pensiones, costos cobrados por administración debidamente indexados, y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones de que trata el artículo 1746 del Código Civil, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR y que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional del actor.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada Porvenir. Liquidense por secretaría fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

SEXTO: como quiera que esta decisión resulta adversa a los intereses de Colpensiones, se remitirán las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se surta el grado Jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que al momento del traslado brindó al accionante información adecuada, oportuna y suficiente que le permitiera conocer las implicaciones de su decisión de trasladarse.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Porvenir y Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

La AFP Porvenir S.A solicitó revocar la sentencia en el sentido de que el traslado se realizó de manera libre y consiente, informada y conforme con las leyes vigentes para el momento del traslado. Igualmente informó que el formulario de afiliación contaba con los parámetros para obtener

suficiente información al respecto del traslado. Expuso que el accionante tenía el deber de indagar sobre su futuro pensional como consumidor. Se opuso a la devolución de gastos de administración, por cuanto corresponden a sumas que fueron causadas por la correcta gestión del fondo durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a Porvenir, pues se genera un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones; y en su defecto, estas sumas no deben ser indexadas, pues los rendimientos financieros compensan la pérdida devaluativa.

Colpensiones suplicó revocar la sentencia, al manifestar que el actor se encuentra en la prohibición legal de retornar al régimen de prima media con prestación definida conforme lo señalado en la Ley 797 de 2003. Señaló que la decisión afecta el equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema pensional y, que el traslado de régimen pensional se efectuó conforme a las normas establecidas para la época y se materializó con la suscripción libre y voluntaria del formulario de afiliación.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde el 08 de enero de 1997 (expediente administrativo, carpeta Juan José, archivo 05, fl. 38), y migró al RAIS el 28 de abril de 2003, a través de la AFP Horizonte,

hoy Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, archivo 09, fl. 27).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que al momento de suscribir el formulario de afiliación con la AFP Horizonte se acercó un vendedor de BBVA a la empresa en donde laboraba para esa data, donde se realizó la reunión que duró unos quince minutos y se especificó de unos rumores que se iban a perder las semanas que habían cotizado con el instituto de seguros sociales, que con la AFP Horizonte esas semanas no se perderían y podría acceder a una buena pensión. Informó que el formulario fue diligenciado por el asesor de Horizonte y firmado por el accionante de forma libre y voluntaria, aseguró que no se le brindó información sobre la cuenta de ahorro individual, los aportes voluntarios, los posibles beneficiarios, o una posible pensión anticipada, ni acerca de que estaba cambiando de régimen público a uno privado. Expuso que se le explicó que los aportes realizados en el seguro social serían trasladados a Horizonte pensiones y cesantías. Que no se acercó al Instituto de Seguros Sociales para corroborar la información sobre su liquidación, y que conoció de la existencia de Colpensiones por medio de publicidad más no de ninguna AFP. Que la inconformidad con Porvenir se genera desde que conoce el valor al que ascendería su mesada pensional según la proyección realizada por su abogado, además por la falta de información. Mencionó que obtuvo una doble asesoría por parte de Porvenir donde únicamente se le imprimió un extracto de cómo estaban las semanas de cotización hasta ese momento y cuántos años le faltaban para pensionarse, pero no se le detalló cómo sería su pensión, doble asesoría que se llevó a cabo antes de cumplir los 62 años de edad. Dice que no lleva mucho tiempo recibiendo los extractos de su cuenta de ahorro individual. Finalmente afirma que desea retornar a Colpensiones, porque allí tendría una mejor mesada pensional, pues indica que la diferencia sería de más de 400%.

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).

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

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

Por tanto, Porvenir S.A., deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual 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 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 y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de octubre 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 DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto
008 2021 00460 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 009 2018 00276 01.
DEMANDANTE: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA
S.A. – BBVA COLOMBIA.
DEMANDADO: JORGE ELIECER SALAZAR CORTES.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de diciembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante convocó a juicio al demandado para que se declare: *i)* la existencia de una relación laboral entre las partes del 14 de noviembre de 1989 al 27 de enero de 2017, terminada por decisión de la empresa; *ii)* que por efectos de orden judicial dentro de acción de tutela se debió reintegrar al trabajador; *iii)* que dicha decisión es de carácter transitorio e ilegal; *iv)* que el demandado no acreditaba ser sujeto de especial protección del Estado y, no puede ser beneficiario de la restricción contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y; *v)* que la terminación del contrato se hizo bajo el amparo de las normas vigentes.

En consecuencia, se ordene la cesación de todos los efectos irradiados por la orden de tutela; se declare que el Banco no tiene la obligación legal de reintegrar laboralmente al demandado y, que la decisión de terminación del contrato está revestida de legalidad; se

autorice al Banco a dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, previo reconocimiento de la indemnización y; se condene al demandado a reintegrar los valores por concepto de salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema integral de seguridad social pagados por efectos del reintegro; los intereses corrientes mensuales, indexación; agencias en derecho y costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con el demandado; vigente del 14 de noviembre de 1989 al 27 de enero de 2017; estuvo adscrito a la sucursal salitre de Bogotá, en donde desempeñó sus funciones; su último cargo fue de Gerente de Oficina. El contrato fue terminado sin justa causa, previa indemnización, notificando en debida forma la carta de terminación unilateral, en la que se invocó el artículo 64 del estatuto laboral, relativo a la indemnización y liquidación final de salarios y prestaciones sociales a pagar. El Banco accionante, realizó el pago de la liquidación final, consignándola en el Banco Agrario, por cuanto el demandado no aceptó el pago.

El demandado presentó acción de tutela en el mes de febrero de 2017, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 31 Civil Municipal de Oralidad de Bogotá D.C., bajo el radicado 2017-184-00, quien mediante fallo del 8 de marzo de 2017, resolvió tutelar y ordenar la reincorporación del accionante al empleo que desempeñaba o reubicarlo a uno de la misma o mejor categoría, así como el pago de salarios, prestaciones sociales, y seguridad social sin solución de continuidad. Dicho fallo fue impugnado por el banco y, confirmado mediante sentencia del 5 de abril de 2017. El Banco procedió a dar cumplimiento mediante acta de reintegro del 24 de marzo de 2017.

Afirma que la decisión de la tutela tiene un efecto transitorio. Que en el trámite de tutela no existe prueba que para la fecha de terminación del vínculo el demandado acreditara la condición de discapacitado, en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997; que ni para esa fecha ni en la actualidad, acredita una pérdida de capacidad superior al 15%. Que durante la vinculación laboral nunca se presentó la ocurrencia de

accidente de trabajo; nunca se diagnosticó enfermedad de origen laboral, ni contaba con restricciones y/o recomendaciones médicas por enfermedad de origen común o profesional. Que la demandante no tenía conocimiento de ninguna condición especial de salud del demandado, pues éste nada había reportado a su empleador en los últimos 7 meses de la relación laboral. Adicional a las incapacidades médicas de origen común presentadas para justificar su ausencia a la jornada de trabajo durante unos escasos días durante toda la relación laboral, el demandado nunca presentó al banco documento que señalara o del que se pudiera concluir que tenía problemas de salud. A la fecha se encuentra en cabeza del banco el pago de unas obligaciones laborales a favor del demandado que no le corresponde asumir (fls. 43 a 60).

Al dar respuesta, el convocado a juicio se opuso al éxito de las pretensiones, salvo la contenida en el numeral tercero, por solicitarse allí que se declare que el demandado es trabajador actual del Banco. En cuanto a los hechos, admitió el contrato laboral suscrito, el extremo temporal inicial, el último cargo desempeñado, la terminación sin justa causa del 27 de enero de 2017, su notificación, así como de la indemnización y de la liquidación, aclarando que esa indemnización no entró a su patrimonio; la tutela de sus derechos, su impugnación, confirmación y cumplimiento; y la falta de acreditación de la pérdida de capacidad laboral superior al 15%. Propuso como medios exceptivos de mérito los que denominó: *i)* violación a los principios del derecho laboral, *ii)* violación a derecho adquirido – calidad de pre-pensionado, *iii)* inexistencia de la causa invocada, *iv)* falta de legitimación en la causa, ausencia de buena fe y, *v)* abuso del derecho - calificación de ilegalidad.

Fundamentó su defensa en que las aspiraciones de la demanda contrarían la constitución en cuanto al derecho al trabajo; que no existe una causa para dar por terminado el contrato al trabajador, quien no ha cometido falta alguna y una indemnización no será suficiente para repararle el daño moral causado; que en las sentencias de tutela no se manifestó la transitoriedad y, que no corresponde al juez laboral calificar la legalidad de las decisiones de tutela (fls. 95 a 114).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 7 de diciembre de 2021, resolvió declarar de oficio la excepción de cosa juzgada y absolver al demandado, imponiendo costas a cargo de la demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que se configuró el fenómeno de la cosa juzgada constitucional que puede ser declarada oficiosamente, por ello no es posible alterar lo resuelto en la acción constitucional, que hizo tránsito a cosa juzgada y se caracteriza por su inmutabilidad, pues el juez constitucional emitió decisión de carácter definitivo, en la cual consideró y se pronunció expresamente sobre los problemas jurídicos que ahora son puestos en consideración de la jurisdicción ordinaria, toda vez que en ambos se dilucida si existió o no una estabilidad laboral reforzada. Resalta que en la sentencia de segunda instancia se confirmó tutelando hasta que se realice la calificación de pérdida de la capacidad laboral, que puede ser solicitada por el empleador, lo que no se hizo. Y finalmente, que la sociedad demandante pretende un aval para el despido en contravía de lo decidido en el ámbito constitucional (CD fl. 298).

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la sociedad demandante argumenta en síntesis que la decisión de tutela debió tener efecto transitorio y no definitivo y, que así el juez no lo diga de manera expresa, es posible que la decisión sea revisada por el juez ordinario, de no ser así, perdería su subsidiariedad, pues el amparo opera cuando no hay otro mecanismo de defensa, pero en el presente caso, existe y es el proceso ordinario en el que el Juez Laboral estaba llamado a determinar si era viable la protección en atención a fuero de salud, por lo que no es posible hablar de cosa juzgada constitucional. El demandado no cumple con los requisitos para acceder a la estabilidad laboral reforzada, pues no acredita dentro del proceso tener una limitación moderada, a través de un dictamen de pérdida de capacidad laboral, igual o superior al 15%. En este sentido, solicita se

revoque la sentencia y se le permita dar por terminado el contrato de trabajo del demandando.

IV. CONSIDERACIONES

No fue objeto de debate la existencia de una relación laboral entre las partes, regida por un contrato de trabajo a término indefinido, vigente desde el 14 de noviembre de 1989 y, que el 27 de enero de 2017, la sociedad empleadora, decide terminar el contrato sin justa causa, con el pago consecuente de la indemnización; así se corrobora con el contrato de trabajo (fl. 24), la liquidación final de prestaciones sociales (fl. 25), la carta de terminación del vínculo contractual (fl.26), así como, la certificación laboral del 27 de enero de 2017 (fl. 29).

Tampoco se discutió, que el señor Salazar Cortes interpuso acción de tutela en contra de la decisión de la empresa, por lo que el Juzgado 31 Civil Municipal de Oralidad de Bogotá D.C., en sentencia del 8 de marzo de 2017, dispuso su reincorporación al cargo que desempeñaba o su reubicación en uno de la misma o mejor categoría, decisión confirmada al ser estudiada en segunda instancia, por sentencia del 5 de abril de 2017, proferida por el Juzgado 20 Civil del Circuito de Oralidad de Bogotá; en cumplimiento de lo cual, el Banco demandante procedió a reintegrar al demandado, mediante acta de reintegro del 24 de marzo de 2017 (fl. 33 a 42).

Así, de conformidad a lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, procede la Sala a desatar el recurso de apelación, por lo que corresponde dilucidar si en el presente asunto ha operado la cosa juzgada y, si dicha decisión no ostenta el carácter de definitiva, sino transitoria.

Cosa Juzgada

Arguye el recurrente que en el presente asunto no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada, teniendo en cuenta que la acción de tutela

no está consagrada para desplazar el juicio ordinario, lo hace únicamente cuando hay un perjuicio irremediable, pero eso no quiere decir *per se* que la acción ordinaria quede completamente eliminada y que por ende pueda hablarse de una cosa juzgada constitucional, pues esta se refiere a asuntos relacionados con el análisis de inexecutableidad de normas que se solicitan retirar del ordenamiento jurídico.

Sobre el particular, el artículo 303 del Código General del Proceso, frente a la cosa juzgada, establece que *“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (...).”*

Así pues, para que se estructure tal institución es imperativo verificar la existencia de los siguientes elementos, no excluyentes entre sí: 1) identidad de partes, la cual debe tener el carácter de jurídico, lo que comprende no sólo a las primigenias sino a cualquier causahabiente del derecho debatido; 2) la misma causa *petendi*, es decir, que se refiera a los mismo hechos, sin importar las variaciones sutiles que se puedan presentar entre los mismos y, 3) identidad de objeto, esto es, que se discutan las mismas pretensiones, para ello, se debe verificar la materialidad y juridicidad de las mismas.

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

providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio. De esta manera se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico»¹.

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

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

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

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

[...]

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

¹ Sentencia C-774 de 2001

Con el objeto de verificar si en el presente asunto se ha configurado la cosa juzgada es necesario indagar lo analizado en la acción constitucional, para lo cual, la Sala se remite a las sentencias que fueron aportadas por la demandada a folios 33 a 35 y 36 a 40.

De conformidad con el contenido de los folios 33 a 40, ante el Juzgado 31 Civil Municipal de Oralidad de Bogotá, se surtió la acción de tutela radicada bajo el número 110014003031 2017 00184 00, en el cual, el señor Jorge Eliecer Salazar Cortés instauró la acción constitucional en contra del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. – BBVA, solicitando el amparo de los derechos fundamentales a la vida, mínimo vital, vida digna, trabajo, salario, remuneración, debido proceso y seguridad social, y en consecuencia, su reintegro al mismo cargo y condiciones que tenía al momento de la desvinculación, en atención a que fue despedido sin justa causa el 27 de enero de 2017, sin permiso del Ministerio del Trabajo, pese a ostentar estabilidad laboral, por condiciones de salud.

Mediante sentencia del 8 de marzo de 2017, el juez constitucional resolvió tutelar los derechos fundamentales del señor Salazar Cortés y, ordenó al Banco BBVA Colombia S.A., reincorporarlo al empleo en el que se desempeñaba a la fecha de la terminación del contrato, 27 de enero de 2017, Gerente de Oficina, o reubicarlo a uno de la misma categoría, así como cancelarle los salarios, prestaciones sociales y el cubrimiento de la seguridad social, sin solución de continuidad, entre la fecha que fueron suspendidas sus labores hasta el momento del reintegro; decisión que fundamentó en el hecho de que, aun cuando el accionante no era sujeto de calificación laboral, sí contaba con dolencias que podría causar traumatismos en el trabajo, considerando que se estaba en la hipótesis de pérdida de capacidad laboral o limitación en la salud, supuesto que requería la autorización de despido ante el Ministerio del Trabajo (fl. 33 a 35).

La decisión fue confirmada en segunda instancia por el Juzgado 20 Civil del Circuito de Oralidad de Bogotá, mediante sentencia del 5 de abril de 2017, luego de analizar la estabilidad laboral reforzada, así como la

historia clínica del actor, concluyendo que éste se encontraba en rehabilitación al momento de su despido sin justa causa, encontrándose en condiciones de debilidad manifiesta y, por ende, siendo sujeto de estabilidad laboral reforzada. En consecuencia, procedió a confirmar la decisión impugnada, indicando en la parte motiva que lo era “*tutelando los derechos fundamentales al trabajo y a la seguridad social, **hasta que se realice la calificación de pérdida de capacidad laboral***” (Negrillas de la Sala), (fl. 36 a 40).

De la lectura de los fallos de tutela de primera y segunda instancia, se extrae que el Juez constitucional determinó que el accionante era sujeto de estabilidad laboral reforzada en atención a su condición de salud, por ello, ordenó el reintegro sin solución de continuidad, con el consecuente pago de salarios y demás acreencias laborales. Además, consideró que en estos eventos para que proceda la terminación del contrato debía mediar autorización del ministerio de Trabajo.

Puestas las cosas de esta manera, los asuntos allí considerados son los mismos que se plantean en el asunto puesto en consideración de la jurisdicción ordinaria, por lo que tal como acertadamente concluyó la *a quo* se configura la cosa juzgada constitucional.

Cumple precisar que, en la parte considerativa de la sentencia de segunda instancia, se dejó condicionada la protección constitucional a la realización de la calificación de pérdida de capacidad laboral (fl. 39), superándose con ello, el debate respecto de si la decisión lo fue de carácter definitivo o transitorio; máxime cuando no existe prueba en el presente proceso, y ni siquiera fue indicado, que el trabajador haya sido sometido a tal valoración.

Bajo las consideraciones aquí expuestas, resulta forzoso confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia.

No se causan costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2021 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



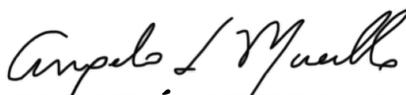
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 011 2019 00487 01.
DEMANDANTE: HERIBERTO DELGADO MAYORGA.
DEMANDADO: WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante convocó a juicio a la empresa demandada para que se declare la existencia de una relación laboral entre las partes del 18 de abril de 1980 al 30 de septiembre de 1986; en consecuencia, se reconozca y pague los aportes a seguridad social en pensiones actualizados, de acuerdo al salario devengado, mediante cálculo actuarial que realice Colpensiones y, se condene en costas y agencias del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que trabajó para la compañía General Pipe Service INC hoy Weatherford South America GMBH, entre el 18 de abril de 1980 al 30 de septiembre de 1986. Que el 16 de febrero de 2009, se le informó no tener derecho al bono pensional con la empresa; en la misma data le expidió certificación laboral con destino al seguro social, en donde se informó que no se hicieron aportes para pensión ante esa entidad, por no existir obligación (Exp. digitalizado, archivo 01 fls. 6 a 16).

Al dar respuesta, la convocada a juicio se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la relación laboral con sus extremos temporales y, negó los restantes. Propuso la excepción previa de cosa juzgada, la que el juzgado decidió estudiar de fondo; y como medios exceptivos de mérito invocó las de cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y ausencia de causa, buena fe y, prescripción.

En su defensa manifestó que la subrogación por parte del seguro social en la asunción de riesgos laborales como la jubilación del trabajador, fue de manera paulatina, lo que para las empresas de la industria del petróleo y sus derivados ocurrió a partir del 1 de octubre de 1993, por lo que para el periodo en que estuvo vigente la relación laboral no tenía la obligación de afiliar al demandante y menos realizar aportes; sin que se pueda dar efectos retroactivos a las normas que imponen esta obligación. Asimismo, arguye que en el caso de una eventual condena, debe realizarse el correspondiente descuento a cargo del trabajador (expediente digital, archivo 01, fls. 72 a 139).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de noviembre de 2021 (expediente digital, archivo 13), resolvió:

PRIMERO: Declarar que la Sociedad demanda Weatherford South America GMBH debe realizar en favor del actor Heriberto Delgado Mayorga los aportes al Sistema General de Seguridad Social Integral en Pensiones durante el periodo comprendido entre el 18 de abril de 1980 y el 31 de septiembre de 1986.

SEGUNDO: Condenar a la sociedad demanda a pagar a Colpensiones los aportes dejados de cotizar al Sistema General de Seguridad Social Integral en Pensiones en beneficio del aquí demandante Heriberto Delgado Mayorga, previa liquidación de que ello realice el fondo de pensiones por solicitud de la sociedad demandada por los siguientes periodos y teniendo en cuenta los siguientes IBC:

- Por 1980 del 18 de abril de 1980 al 30 de abril de 1980 (SIC) un IBC de \$5.850
- En 1980 del 1 de mayo al 31 de diciembre un IBC de \$13.550
- Para 1981 un IBC de \$27.913.
- Para 1982 enero IBC de \$40.528, Febrero \$36.140, marzo \$41.341, abril \$37.668, mayo y junio \$31.200, julio \$37.100, agosto,

\$43.245, septiembre y octubre \$37.100, noviembre \$40.539, diciembre \$69.756.

- Para 1983 enero, febrero, marzo y abril \$44.700, mayo \$46.190, junio \$44.700, julio \$43.210, agosto \$46.190, septiembre \$44.700, octubre \$49.497, noviembre \$47.900, diciembre \$49.497.
- 1984 enero \$74.068, febrero \$53.463, marzo \$57.137, abril \$55.500, mayo \$57.137, junio 53.264, julio \$80.688, agosto \$62.723, septiembre octubre y noviembre \$60.700, diciembre \$62.723.
- 1985 enero \$75.330, febrero \$68.040, marzo \$65.610, abril \$72.900, mayo 75.330, junio \$72.900, julio y agosto \$84.733, septiembre \$82.000, octubre \$84.733, noviembre \$108.052, diciembre \$90.200.
- 1986 enero y febrero \$105.000, marzo \$116.250, abril \$105.000, mayo \$116.250, junio \$123.750, julio \$105.000, agosto \$157.970, septiembre \$105.000.

TERCERO: Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por la sociedad demandada.

CUARTO: Condenar en costas a la demandada en favor del demandante, se fija como agencias en derecho suma equivalente a 2 SMMLV.

Como sustento de su decisión, señaló en primer lugar que no es procedente declarar operado el fenómeno de la cosa juzgada, como quiera que dentro de las pretensiones perseguidas por el demandante en el proceso anterior no estaba incluido el pago de aportes a pensión para el periodo que aquí se solicita. De otra parte, al encontrar probada la existencia de la relación laboral, adujo que en virtud de los artículos 17 y 24 de la Ley 100 de 1993, el empleador tenía la obligación de efectuar las cotizaciones al sistema de general de pensiones por el tiempo que el actor le prestó sus servicios.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la demandada interpuso recurso de apelación argumentando, de una parte, que sí operó el fenómeno de la cosa juzgada, pues en el anterior proceso el demándate expresamente solicitó la pensión de jubilación, tuvo en cuenta los extremos laborales que ahora se invocan y se discutió sobre el no pago de aportes. De otro lado, arguye que el deber de afiliar a los trabajadores de las empresas petroleras surgió hasta el 1 de octubre de 1993, por lo que no omitió ninguna obligación. Finalmente, en caso de mantener la condena, afirma que el

demandante debe concurrir con el pago de la porción de cotización a su cargo y, que se debe tener en cuenta la certificación laboral emitida por la empresa para obtener el IBC.

IV. CONSIDERACIONES

No es materia de discusión en esta instancia, que entre el demandante y la empresa General Pipe Service INC hoy Weatherford South America GMBH, existió una relación laboral vigente entre el 18 de abril de 1980 y el 30 de septiembre de 1986. Además, así fue demostrado en el plenario, con el contrato de trabajo allegado (carpeta 02, archivo 012, fl. 62 a 63), la liquidación final de prestaciones sociales (carpeta 02, archivo 012, fl. 56), así como la certificación laboral expedida por la empresa convocada (archivo 10, expediente principal).

Así, de conformidad a lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, la Colegiatura abordará el estudio del recurso para definir en primer lugar si en el presente asunto operó el fenómeno de cosa juzgada y, de no ser así, verificar si hay lugar al pago del cálculo actuarial por los aportes a seguridad social en pensiones, causados durante la relación laboral.

Cosa Juzgada

Arguye el recurrente que en el presente asunto ha operado el fenómeno de la cosa juzgada, teniendo en cuenta que en el proceso que cursó ante el Juzgado de Barrancabermeja, el demandante expresamente solicitó la pensión de jubilación, tuvo en cuenta los extremos laborales que ahora se invocan y se discutió sobre el no pago de aportes; teniendo que ambos procesos versan sobre el mismo objeto, se fundamentaron en la misma causa y existe identidad de partes.

Sobre el particular, el artículo 303 del Código General del Proceso, frente a la cosa juzgada, establece que *“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo*

proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (...).”

Así pues, para que se estructure tal institución es imperativo verificar la existencia de los siguientes elementos, no excluyentes entre sí: 1) identidad de partes, la cual debe tener el carácter de jurídico, lo que comprende no sólo a las primigenias sino a cualquier causahabiente del derecho debatido; 2) la misma causa *petendi*, es decir, que se refiera a los mismo hechos, sin importar las variaciones sutiles que se puedan presentar entre los mismos y, 3) identidad de objeto, esto es, que se discutan las mismas pretensiones, para ello, se debe verificar la materialidad y juridicidad de las mismas.

Pues bien, dicha figura jurídica ha sido concebida como la atribución o capacidad definitiva de un pronunciamiento de concluir o culminar un litigio, que en palabras de la Corte Constitucional se entiende «es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica. De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y, en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio. De esta manera se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico».

En suma, lo que el legislador pretende con la cosa juzgada es garantizar la seguridad jurídica en las diversas relaciones de derecho, ya

que, de no contarse con tal institución, los procesos judiciales se tornarían interminables y se daría paso a que el insatisfecho con una decisión judicial instaure tantos procesos como considere, que es precisamente lo que busca evitar. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL391 del 14 de febrero de 2022, Radicación 80530, en donde trajo a colación la jurisprudencia constitucional, ha explicado que:

“La cosa juzgada es "una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas". Uno de los efectos más importantes de esta institución es la prohibición para los funcionarios judiciales, las partes y la comunidad en general, de iniciar nuevamente un litigio ya resuelto. En esa medida, se configura la cosa juzgada cuando una nueva solicitud judicial contenga identidad de objeto, causa y partes respecto de una acción anterior. Al analizar estos tres ítems esta Corte indicó que existe:

- **Identidad de objeto** cuando la demanda versa sobre la misma pretensión material que hizo tránsito a cosa juzgada. Es decir, cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado en relación con una o varias cosas o relaciones jurídicas.
- **Identidad de la causa petendi** cuando la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada tienen los mismos fundamentos como sustento. **En este punto se aclara que cuando una demanda presenta hechos nuevos sobre los cuales no hubo debate, sólo se permite el análisis de éstos. En otras palabras, sobre esos hechos nuevos o no debatidos no se predica la identidad de la causa petendi. (Resaltado en el texto)**
- **Identidad de partes** cuando al nuevo proceso son llamadas las mismas partes que resultaron involucradas en la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada. En este punto la legislación hace énfasis en que la identidad no es física, sino jurídica.

(...)

Como pudo reseñarse en la jurisprudencia acotada, la cosa juzgada se da ante la existencia de dos o más procesos de los que se predica triple identidad: de objeto, sujetos y causa, en los términos del artículo 303 del Código General del Proceso. Sin embargo, tal análisis debe efectuarse acuciosamente, de modo que el juzgador verifique los hechos, las pretensiones, así como las razones y fundamentos de los procesos, de manera que si lo pretendido en el nuevo juicio no fue objeto de estudio en el anterior, no hay lugar a declarar la existencia de cosa juzgada.” (Negrillas del texto original)

En el presente asunto el demandante es el señor HERIBERTO DELGADO MAYORGA quien demanda a la empresa WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH; pretendiendo la declaración de una relación laboral entre las partes del 18 de abril de 1980 al 30 de septiembre de

1986 y, que en consecuencia, se reconozca el pago de los aportes a seguridad social en pensiones por ese periodo; teniendo en cuenta que prestó sus servicios a General Pipe Service INC en el periodo aducido, sin haber sido afiliado al sistema de seguridad social pensional (expediente digital, archivo 01, fl. 6 a 16).

De conformidad con el contenido de los folios 77 a 129, expediente digital, archivo 01, ante el Juzgado Laboral del Circuito de Barrancabermeja, se surtió el proceso radicado bajo el número 0195-2003, en el cual el aquí demandante instauró demanda ordinaria en contra de la empresa GENERAL PIPE SERVICE INCORPORATED, que como se tiene del certificado de existencia y representación legal expedido el 13 de junio de 2019, cambio posteriormente su nombre por el de WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH, ahora demandada.

Ahora bien, en aquella oportunidad se perseguía la declaración de una relación laboral con la demandada por extremos diferentes a los que aquí se reclaman, entre el 1 de enero de 1988 y el 7 de febrero de 2000, y sus consecuentes derechos laborales; persiguiendo en la petición novena, el reconocimiento de “la pensión sanción” por haber laborado, entre otras, durante el periodo sobre el que se edifican las pretensiones del actual litigio, siendo dicha pensión, una petición claramente diferente a la que ahora se debate; máxime si se tiene en cuenta, que su procedencia se encontraba supeditada a la declaración de la existencia de la relación laboral por el periodo que allí se debatía, situación que no ocurrió. Y aun cuando en la pretensión subsidiaria segunda, se reclama *“Que se condene al pago de la seguridad social a favor de mi representado, que no estuvo vinculado a ningún régimen de seguridad social antes de abril de 1988 al 2000”*, dicha solicitud fue examinada a la luz únicamente del periodo comprendido entre 1988 y 2000, según se observa del análisis efectuado en las consideraciones de cada una de las sentencias proferidas en primera y segunda instancia, así como en la casación; sin que fuera objeto de debate el periodo ahora reclamado entre el 18 de abril de 1980 y el 30 de septiembre de 1986.

Así las cosas, al analizar las anteriores documentales, se advierte que no se encuentra probada la excepción de cosa juzgada en el presente asunto, pues las pretensiones de cada demanda son disímiles, quedando descartada la identidad de objeto y de causa petendi y, en consecuencia, al no cumplirse en su totalidad los requisitos previstos en el artículo 303 del Código General del Proceso, resulta confirmar la decisión analizada en este aspecto.

Aportes a seguridad social.

Argumenta en su recurso la demandada, que para las empresas petroleras la obligación de afiliar a sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales, empezó en octubre de 1993, es decir, en una fecha posterior al periodo en que estuvo vigente la relación laboral con el demandante, por lo que no incurrió en omisión alguna.

En relación con el reconocimiento de los tiempos en que los trabajadores estuvieron vinculados laboralmente pero sus empleadores no tenían la obligación de cotizar al Instituto de Seguros Sociales, porque este no había iniciado su cobertura, ha sido enfática la postura de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de indicar que existe la obligación para los empleadores de la industria del petróleo en realizar los aportes a pensión de sus trabajadores. Así lo explicó entre otras, en sentencia SL522-2020 del 17 de febrero de 2020, Radicación 70615, cuando señaló:

“Ahora, sobre las obligaciones pensionales de los empleadores, derivadas del tiempo de servicio prestado sin cobertura por parte del Instituto de Seguros Sociales, se ha adoctrinado por la Sala, que los mismos tienen a su cargo el cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, entre otras en la sentencia CSJ SL17300-2014, que fue reiterada en la sentencia CSJ SL5535-2018, en los siguientes términos:

Sin embargo, a juicio de esta Corte el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no traduce, como lo afirma la empresa, en la total ausencia de responsabilidades ni obligaciones por los periodos efectivamente trabajados por el empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la exégesis del 1613 del Código Civil, porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

El artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer (...); de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al empleador de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo, relacionadas con las prestaciones del trabajador.

En efecto, el concepto de que no existía norma reguladora del pago de las cotizaciones en cabeza del patrono en el periodo en que no existió cobertura del I.S.S., equivale a trasladar al trabajador las consecuencias de la orfandad legislativa de la época, solución que no se compadece con el contexto de un ordenamiento jurídico que parte de reconocer un desequilibrio en la relación contractual laboral, en tanto esos periodos no cotizados tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional y en todo caso propiciaría un enriquecimiento sin causa al permitir un desequilibrio patrimonial, que carece de justificación.

Desde luego, el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, antes que existir aquel postulado, lo que se propicia es que quede desprovisto de la atención plena e integral, que se le debe por el trabajo desarrollado.

Estima la Sala que, si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de la contingencia, ésta sólo cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese periodo en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser desconocido; menos puede imponérsele al trabajador una carga que afecte su derecho a la pensión, sea porque se desconocieron esos periodos, ora porque el tránsito legislativo en vez de garantizarle el acceso a la prestación, como se lo propuso el nuevo esquema, se le frustre ese mismo derecho.

El patrono, por tanto, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los tiempos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento puede considerarse liberado de la carga que le correspondía.

Por demás, la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede tener tan drástica repercusión frente a derechos sociales y, si bien podría oponerse la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador, principios y valores de orden superior deben prevalecer en casos como el presente.

De igual forma, la Sala precisó la irrelevancia de que los contratos de trabajo subsistieran o no al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues aún antes de esta, los empleadores conservaban las cargas pensionales derivadas de los servicios prestados por sus trabajadores.”

De conformidad con el anterior criterio, aunque la demandada empresa petrolera solamente se vio obligada a realizar la afiliación de sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales a partir del 1º de octubre de 1993, de conformidad con la Resolución 4250 de 1993 y, al 23 de diciembre de 1993, fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, la relación laboral no estaba vigente, lo cierto es que ello no la exoneró de la obligación de responder por los periodos en que el demandante efectivamente trabajó a su servicio, pues ello iría en detrimento del derecho a la seguridad social en pensiones del trabajador.

Recuérdese, que la Ley 90 de 1946 dispuso la obligación de efectuar la provisión de capital necesario para el cumplimiento de los aportes al extinto Instituto de Seguros Sociales en los casos en los que la entidad asumiera la obligación pensional (artículos 72 y 76), razón por la cual, pese a que el llamado de afiliación a la seguridad social se hizo de manera paulatina, la obligación no quedó condicionada en el tiempo, pues lo único que se prorrogó fue la transferencia de las cotizaciones al ISS, por lo que no puede el empleador sustraerse de efectuar los aportes correspondientes, imponiéndose la obligación de pagar el cálculo actuarial para el periodo en el que no se había subrogado al ISS.

Así las cosas, aun cuando el llamado a inscripción de la compañía demandada se hizo solo hasta el 1º de octubre de 1993, con anterioridad debía hacer partidas de capital para sufragar los aportes en pensiones de sus trabajadores y con ello garantizar su derecho a la seguridad social; razón por la cual, deberá responder por los aportes a seguridad social de quien fuera su trabajador por el tiempo en que duró el vínculo, esto es, entre el 18 de abril de 1980 y el 30 de septiembre de 1986; y en este sentido, se confirmará la sentencia de primera instancia.

De otra parte, argumenta la recurrente que únicamente debe responder por el porcentaje de la cotización que como empleador tenía a su cargo y así debe ser efectuado el cálculo actuarial.

Estima la Sala que la alegación se encuentra infundada, como quiera que durante el periodo de no afiliación por falta de cobertura, estaba totalmente a cargo del empleador el riesgo pensional, siendo entonces su único responsable. Así, es el empleador quien debe asumir la totalidad del título pensional durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura y por tal motivo no resulta procedente que el valor del título pensional sea ordenado de forma compartida con el extrabajador, en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales (Sentencia SL1579 del 4 de mayo de 2022, reiterada en la SL4292 del 23 de noviembre de 2022).

Ingreso base de cotización

Finalmente, reprocha la recurrente los cálculos realizados para obtener el IBC del demandante, por lo que solicita tener en cuenta la certificación laboral emitida por convocada.

Pues bien, en los términos del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, la base para calcular las cotizaciones para pensión, corresponde al salario mensual, para los trabajadores particulares; debiéndose tener en cuenta lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo para determinarlo.

A su vez, el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte; como primas, sobre sueldos, bonificaciones habituales, **valor del trabajo suplementario o de las horas extras; valor del trabajo en días de descanso obligatorio**, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Revisadas las pruebas tenidas en cuenta por la Juez de primer grado para determinar los salarios del demandante durante el periodo reclamado y así establecer el IBC sobre el que se deben realizar los correspondientes aportes del trabajador, se observa que dichas sumas aparecen en los documentos arrimados al proceso, correspondientes a comprobantes de pago y visibles en la carpeta 002 del expediente digital, así: *i)* archivo 01, fl. 2; *ii)* archivo 02, fl. 39; *iii)* archivo 08, fls. 2 a 6, 8 a 10, 13 a 20, 46 a 52, 54 a 57 y 60; *iv)* archivo 09, fls. 1 a 5, 8, 9, 11, 13, 14, 16, 17, 20, 21, 23 a 26, 28, 30 a 37, 39 a 43, 45, 46, 48, 49, 51, 53, 55, 57, 58, 59 y 62, y; *v)* archivo 10, fls. 2, 4, 6, 7, 10, 13 a 21; así como del contrato inicialmente suscrito (archivo 12, fl. 62 a 63). Encontrando que la juzgadora tomó en cuenta lo cancelado por concepto de salario básico, horas extras y dominicales y festivos, con lo que se desvirtuó la certificación laboral expedida por la empleadora, visible en el archivo 10.

Del análisis minucioso de los comprobantes de pago allegados, frente a los valores certificados por la demandada como salarios, se encuentra

que los que difieren, son los correspondientes a los meses de enero, febrero, marzo, abril, agosto, noviembre y diciembre de 1982, enero y junio de 1983, enero, abril, junio, julio y noviembre de 1984, noviembre y diciembre de 1985 y, junio y agosto de 1986; periodos que fueron certificados únicamente sobre el salario base, sin tener en cuenta precisamente las horas extras y dominicales y festivos laboradas y reconocidas en su momento; así como, tampoco se tuvo en cuenta en lo certificado por el empleador, los periodos correspondientes a vacaciones remuneradas.

Así las cosas, encuentra la Sala que no se equivocó la *a quo* al incluir la totalidad de emolumentos que devengaba el actor constitutivos de salario en los términos del artículo 127 del CST y de la SS, específicamente, horas extras y trabajo en días dominicales y festivos, para establecer el ingreso base de cotización sobre el que deben realizarse los aportes aquí ordenados; y en este entendido la sentencia será confirmada.

No se causan costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, el 22 de noviembre de 2021.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



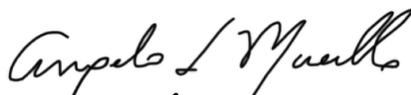
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 013 2021 00336 01
DEMANDANTE: OLGA MERY GÓMEZ MORENO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de enero de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través del Fondo de Pensiones y Cesantías HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.; o de manera subsidiaria, su ineficacia. En consecuencia, se ordene a Colpensiones a tener a la accionante como afiliada, como si nunca se hubiera trasladado; las costas y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 14 de agosto de 1965; empezó a cotizar a seguridad social en pensiones en julio de 1985, por lo que para julio de 1994 contaba con 494.43 semanas cotizadas. La AFP Horizonte hoy Porvenir SA, la contactó para que se vinculara al régimen de ahorro individual, informándole que tendría mayores

beneficios. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de esa AFP, el 12 de julio de 1994, sin que el fondo le informara las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, la naturaleza propia de dicho régimen, las desventajas y/o riesgos, los distintos escenarios comparativos de pensión, las ventajas de permanecer en el régimen de prima media, ni el capital que debía acumular para lograr una pensión de vejez, o que las diferencias del monto de la pensión entre los dos regímenes podrían ser tan distantes y protuberantes. Informa que ha cotizado de manera continua y sin interrupciones al régimen de ahorro individual desde 1985 con un salario muy superior al salario mínimo legal mensual vigente. Solicitó un cálculo aproximado de su mesada pensional a Protección, respondiéndole que aproximadamente sería la suma de \$2.993.700, en tanto que, realizando una simulación en el régimen de prima media con prestación definida, obtendría una mesada pensional equivalente al \$7.726.987. El 13 de octubre de 2018 solicitó a Protección el traslado de régimen por vicios del consentimiento, respondiéndole que el formulario de afiliación cumple con los requisitos legales; no obstante, al ser solicitado, se le informa que en realidad corresponde a un formulario de traslado, el que le es entregado. A la fecha las demandadas no han accedido a sus pretensiones (expediente digital, archivo 02).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda. Admitió las cotizaciones efectuadas al ISS. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y caducidad y, las declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 24).

La AFP Protección S.A. rechazó las pretensiones dirigidas en su contra. Aceptó la fecha de nacimiento de la actora, las cotizaciones al RAIS, el cálculo aproximado de su mesada pensional, la solicitud de traslado, el formulario de traslado y, que no se ha accedido a sus

pretensiones. 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, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver 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 declarables de oficio. Sostuvo que la afiliación de la actora se realizó de manera libre y voluntaria, que Protección le brindó una asesoría completa y comprensible al momento de realizar su afiliación, conforme a la normatividad de la época y las exigencias existentes para ese momento; que la actora también tenía deber de información y, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa (expediente digital, archivo 18, fls. 1 a 22).

La AFP Porvenir S.A.; quien, al dar contestación, se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera libre e informada, garantizando el derecho de retracto; la demandante se vinculó a varias administradoras de fondos de pensiones privadas desde el año 1994, y en ninguna expresó inconformidad por ausencia de información; además que no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 20 fls. 1 a 26).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 19 de enero de 2023 (archivo 33), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la demandante, señora Olga Mery Gómez Moreno, a la AFP Horizonte, hoy Porvenir, el 12 de julio de 1994, con fecha de efectividad el 1 de agosto de esa anualidad, y de contera el efectuado a la AFP Santander, que fue absorbida por la AFP ING, traslado del 30 de junio de 2000, con fecha de efectividad el 1 de agosto de ese año, AFP que se fusionó con Protección, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A. y a Protección S.A. a devolver a Colpensiones, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y además los aportes para garantía de pensión mínima, por lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a tener como afiliada a la actora, a recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia laboral de la demandante, conforme a lo antes visto.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa de la decisión.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Porvenir S.A. y en favor de la demandante, incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$1.200.000.

SEXTO: Por haber sido condenada Colpensiones y fungir la Nación como garante, remitir el proceso en grado jurisdiccional de consulta en su favor, a nuestro Superior.

SÉPTIMO: Por Secretaría y previo a remitir el expediente alléguese copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el art. 48 de la Ley 2080 de 2021.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Porvenir, no acreditó el cumplimiento del deber objetivo de información, sin que los posteriores traslados no subsanan la falencia advertida en el traslado inicial.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones afirma que la demandante supera la edad o el término otorgado por la ley para realizar el traslado; se pudo advertir que se dio cumplimiento al deber de información por las AFPS; y que la devolución de los de las dineros que reposan dentro de la cuenta de la demandante, no compensa el gran impacto que se genera, de otorgar una pensión, pues impactaría notablemente el principio de sostenibilidad financiera.

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

Se encuentra demostrado en el proceso que la demandante estuvo afiliada y efectuó cotizaciones a Colpensiones, desde el 11 de julio de 1985 hasta el 12 de julio de 1994 (expediente digital, archivo 25), fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., hoy Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, archivo 20 fl. 76); con posterioridad, cambió horizontalmente a Pensiones y Cesantías Santander, luego ING Pensiones y Cesantías, hoy Protección S.A., mediante formulario del 30 de junio de 2000 (expediente digital, archivo 18, fl. 30).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se trasladó al fondo privado en julio de 1994, cuando hicieron una reunión en donde trabajaba y les explicaron lo que había pasado con la con la ley 100, donde se crearon los fondos de pensiones y, que en ese momento era mejor trasladarse al fondo de pensiones. Recuerda que uno de los beneficios era que se iba a pensionar con menor edad, de acuerdo a los ahorros y que sería mucho mejor que con el régimen de prima media. No le explicaron qué tenía que hacer para pensionarse a una menor edad, cuáles eran los requisitos, acerca de aportes voluntarios, bono pensional, lo que pasaría con sus ahorros si fallecía, diferencia entre regímenes, o como se financiaría su pensión. No hizo ni le hicieron preguntas en la reunión, ni

después, en cuanto a su situación personal. Le explicaron que sus ahorros podrían tener rendimientos de acuerdo a lo que fuera aportando, que era una cuenta de ahorro pensional donde depositaba lo que le fuera aportando la entidad donde trabajaba. Recibió extractos donde se le informaba cuánto aportaba y cuánto tenía. Se trasladó horizontalmente a Santander, porque cambió de trabajo y allí le exigían eso, pero en ese traslado les entregaron el formulario de vinculación, lo llenó y ya, no hubo asesoría. Su motivación para trasladarse a Colpensiones es que tendría una mesada pensional mayor. No ha hecho trámites para pensión. Cuando se pasó a Horizonte, era consciente que realizaba el traslado de régimen. No recuerda qué expectativa tenía al momento de trasladarse. No leyó el formulario de traslado, si no lo que le leyeron en la reunión y, no sabe qué requisitos necesita para pensionarse.

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 a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de*

ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.» (CJS SL 5686-2021).

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 a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

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

IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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

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

omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de enero de 2023, el cual 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. **CONDENAR** la AFP Porvenir 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 estuvo vinculada a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 014 2019 00506 01
DEMANDANTE: WILLIAM RIVERA GAVIRIA
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de abril de 2022. Igualmente, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, entidad de la cual es garante la Nación.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero del 24 de febrero de 1978 al 27 de junio de 1999 y, que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y el Sindicato de Trabajadores de la empresa, vigente para los años 1998 – 1999. En consecuencia, condene a la demandada a reconocer, liquidar y pagar la pensión de jubilación convencional por cumplir los requisitos establecidos en el artículo 41, parágrafos 1 y 3 de la convención, a partir del 13 de octubre de 2011, con la actualización del último salario promedio mensual devengado, los ajustes legales y, mesadas adicionales de junio y diciembre, debidamente indexadas.

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

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero del 24 de febrero de 1978 al 27 de junio de 1999, data esta en que la empleadora lo dio por terminado sin que mediara justa causa. Que el último cargo desempeñado fue el de Oficial Comercial II, Grado 04, la oficina de Dosquebradas – Risaralda, con un salario promedio mensual de \$986.004. Expuso que en vigencia del vínculo laboral estuvo afiliado a Sintracreditario, siendo beneficiario de la convención colectiva 1998- 1999. Manifestó que cumplió 55 años de edad el 13 de octubre de 2011 y que solicitó el reconocimiento de la pensión convencional, agotando la reclamación administrativa (Expediente digital, 01, fls. 16 a 27).

Al dar respuesta a la demanda, la UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el periodo en que prestó servicios a la Caja Agraria, la edad del actor y la reclamación administrativa. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los restantes. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido - inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, compensación y las demás declarables de oficio. Argumentó que el actor cumplió el requisito de la edad con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, que impide el reconocimiento de la prestación reclamada (fls. 41 a 52).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 5 de abril de 2022 (archivo 05), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP a reconocer y pagar al demandante William Rivera Gaviria, una pensión de jubilación convencional a partir del 13 de octubre de 2011, en cuantía inicial de \$1.646.215.94, junto con mesadas adicionales de junio y diciembre e incrementos legales, sumas que deberán ser indexadas a la fecha en que se produzca su pago efectivo.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las mesadas causadas con antelación al 9 de mayo de 2016.

TERCERO: AUTORIZAR a la UGPP para que del retroactivo generado y adeudado se descuente el 12% mensual por concepto de aportes en salud.

CUARTO: DECLARAR no probadas las demás excepciones propuestas por el extremo pasivo, en tanto que no enervaron la pretensión.

QUINTO: CONDENAR en costas de la acción a la parte demandada, en oportunidad se tasarán.

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, al argumentar que el demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, toda vez que cumplió el requisito de la edad con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, en virtud del cual la norma convencional perdió vigencia el 31 de julio de 2010, siendo la edad un requisito de causación. Asimismo, señaló que la convención colectiva mantuvo una vigencia de dos años a partir del 1º de enero de 1998 hasta el 31 de diciembre de 1999, por lo que tampoco estaba vigente y no se puede hacer aplicación de la misma.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si el actor tiene de derecho al reconocimiento de la pensión prevista en la convención colectiva suscrita entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y Sintracreditario, vigente para los años 1998 – 1999.

Para dilucidar dicho problema jurídico, está demostrado que: **i)** el promotor del juicio prestó sus servicios personales a la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 24 de febrero de 1978 hasta el 27 de junio de 1999, pues tal circunstancia fue certificada por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural como consta a folio 8 a 9 y, **ii)** nació el 13 de octubre de 1956, por lo que cumplió 55 años el mismo día y mes de 2011, según consta en copia del registro civil de nacimiento y de la cédula de ciudadanía de folio 5 y 7.

En relación con las pensiones convencionales, recuerda la Sala que el Acto Legislativo N.º 01 de 2005 por el cual se reforma el artículo 48 de la Constitución Nacional, dispone en el tercer párrafo transitorio, que las reglas de carácter pensional que regían a la fecha de su vigencia contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrían por el término inicialmente estipulado. Y precisó que en los pactos, convenciones o laudos que se suscribieran entre la vigencia de dicho Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrían estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encontraran vigentes. En todo caso, dispuso el Acto Legislativo, que perderían vigencia el 31 de julio de 2010.

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

En el presente caso, la norma convencional sobre la cual edifica el actor la prestación señala que (fls. 24 a 25, del archivo de la convención colectiva):

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

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

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

Frente a dicha cláusula convencional, al resolver casos de contornos similares al presente, en reiterada jurisprudencia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que la causación del derecho a la pensión se da únicamente con el tiempo de servicios prestados, dado que la edad es simplemente un requisito de exigibilidad, así lo refirió en sentencias CSJ SL289-2018, SL 526 de 2018, SL3197-2018.

En esa línea de pensamiento, se advierte en el presente asunto que el accionante prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 24 de febrero de 1978 hasta el 27 de junio de 1999 esto es, por más de 20 años (fl. 8 a 9). Ahora, como quiera que nació el 13 de octubre de 1956, alcanzó la edad de 55 años el mismo día y mes del año 2011 (fls. 5 y 7). En consecuencia, el promotor del juicio tiene derecho al reconocimiento de la prestación convencional implorada.

Así las cosas, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, se concluye que el demandante adquirió el derecho a la pensión en la fecha en que terminó su contrato de trabajo con más de 20 años de servicios, lo cual, se estructuró el 27 de junio de 1999. Por tal motivo, la derogatoria prevista en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, no afecta el

derecho, como tampoco lo hizo el Acto Legislativo 01 de 2005, pues si bien el accionante llega a la edad de 55 años el 13 de octubre de 2011, para esta época ya contaba con un derecho adquirido.

(i) De la liquidación de la pensión

Ahora, a folio 8 a 9 del expediente fue allegada certificación emitida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que da cuenta de los factores salariales convencionales devengados por el actor durante el último año de servicio. Realizadas las validaciones correspondientes se determina que en aplicación de lo dispuesto en el parágrafo 3º del artículo 41 de la norma convencional, es decir, con la inclusión de los factores fijos y variables certificados, el promedio para calcular la pensión asciende a \$986.004, que al aplicarle la tasa de remplazo del 75% prevista en la convención, arroja como mesada para el año 1999, la suma de \$739.503.

(ii) De la indexación de la primera mesada

Conviene anotar que en el presente caso no se discute que el demandante prestó sus servicios personales a la Caja De Crédito Agrario Industrial y Minero hasta el 27 de junio de 1999 (fl. 8 a 9), además que la pensión que se reconoce corresponde al 75% de promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios. Por tal motivo, entre el momento en que se retiró el promotor del juicio y aquel en el que se hizo exigible la prestación – 13 de octubre de 2011 -, transcurrió un periodo de tiempo considerable, en el que la moneda por efectos del paso del tiempo ha perdido valor adquisitivo, por lo que debe indexarse el valor del salario base para la primera mesada entre el momento en el que se produjo el retiro de la entidad y el momento en que se hizo exigible la prestación convencional.

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

que su reconocimiento no es más que una consecuencia de la aplicación de los principios de justicia, equidad e igualdad.

En ese orden de ideas, una vez realizadas las operaciones aritméticas correspondientes, se establece que la mesada para el año 2011 asciende a \$1.491.391.97, esto es, una suma superior a la determinada por el juzgado de conocimiento, que lo fue de \$1.464.215.94, por lo que el fallo consultado será confirmado en este punto, dado que la parte accionante no interpuso recurso de apelación.

Indexación Primera Mesada Pensional						
Año Inicial	Año final	Promedio salario	IPC Inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Salario actualizado
1999	2011	\$ 986.004,00	36,42	73,45	2,016	\$ 1.988.522,62
PRIMERA MESADA PENSIONAL						
Ingreso Base Liquidacion						\$ 1.988.522,62
Porcentaje aplicado						75%
Primera mesada						\$ 1.491.391,97

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

(iii) De la indexación del retroactivo

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

(iv) De la prescripción

En el asunto bajo examen operó el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que el derecho se hizo exigible el 13 de octubre de 2011 y el demandante reclamó ante la entidad el reconocimiento de la prestación el 9 de mayo de 2019 (fls. 11 a 13), esto es, fuera del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y el 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, presentándose

la demanda el 12 de julio de 2019 (fl. 29). En consecuencia, las mesadas causadas con anterioridad al 9 de mayo de 2016 se encuentran prescritas, como acertadamente concluyó la primera instancia.

(v) Del retroactivo pensional

Dado que el retroactivo pensional continuará causándose, que las mesadas deben ser indexadas y se deben efectuar los descuentos para el sistema de salud, resulta inoficioso establecer un monto de retroactivo pensional, el cual deberá ser determinado por la entidad al momento de ingresar la novedad en la nómina de pensionados, para el efecto se tendrá como mesada pensional para cada año las siguientes:

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada
13/10/2011	31/12/2011		\$ 1.464.215,94
1/01/2012	31/12/2012	3,73%	\$ 1.518.831,19
1/01/2013	31/12/2013	2,44%	\$ 1.555.890,68
1/01/2014	31/12/2014	1,94%	\$ 1.586.074,95
1/01/2015	31/12/2015	3,66%	\$ 1.644.125,30
1/01/2016	31/12/2016	6,77%	\$ 1.755.432,58
1/01/2017	31/12/2017	5,75%	\$ 1.856.369,95
1/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 1.932.295,49
1/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 1.993.742,48
1/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 2.069.504,70
1/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 2.102.823,72
1/01/2022	31/12/2022	5,62%	\$ 2.221.002,41
1/01/2023	31/12/2023	13,12%	\$ 2.512.397,93

En este entendido se adicionará la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta la prescripción declarada.

(vi) De los descuentos para salud

Conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de 1994, la demandada se encuentra autorizada a efectuar descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud a cargo de la

demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado, como lo indicó la *a quo* (CSJ SL2376-2018).

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

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

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de abril de 2022, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada a pagar el retroactivo pensional causado en la forma prevista en la parte motiva, para ello se tendrá como mesada para cada anualidad:

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada
13/10/2016	31/12/2016	6,77%	\$ 1.755.432,58
1/01/2017	31/12/2017	5,75%	\$ 1.856.369,95
1/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 1.932.295,49
1/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 1.993.742,48
1/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 2.069.504,70
1/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 2.102.823,72
1/01/2022	31/12/2022	5,62%	\$ 2.221.002,41
1/01/2023		13,12%	\$ 2.512.397,93

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA 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 016 2019 00847 01
DEMANDANTE: ELSA SÁNCHEZ SÁNCHEZ
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 31 de enero de 2022. Igualmente, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, entidad de la cual es garante la Nación.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que fue retirada de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero el 27 de junio de 1999, por liquidación de la entidad, sin haber cumplido la edad de 50 años y con 20 años de servicio, causando su derecho pensional en esa fecha, por virtud del parágrafo 1 del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente 1.998 – 1.999, mucho antes de la vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, por lo que tiene derecho a la mesada adicional de junio o, mesada catorce, desde que cumplió la edad para disfrutar el derecho pensional convencional, esto es, el 17 de julio de 2008. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer, liquidar y pagar, debidamente indexada, la mesada catorce o mesada adicional de junio,

causada desde el 17 de julio de 2008, hasta cuando sea incluido en nómina y, las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que laboró en la entonces Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por más de 20 años, en calidad de trabajadora oficial, hasta el 27 de junio de 1999, fecha en que la empleadora dio por terminado su contrato de trabajo, sin haber cumplido la edad de 50 años; por lo que adquirió el derecho de la pensión convencional en esa data, haciéndose exigible una vez cumplió los 50 años, esto es, el 17 de julio de 2008. Que la Caja Agraria, emitió Resolución No. DP06480 de 20 de agosto de 2008, por medio de la cual le reconoció la pensión de jubilación convencional a partir del 17 de julio de 2008, en cuantía inicial de \$1'463.400,73, equivalente al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, actualizado, reconociendo y ordenando el pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce. La Caja Agraria, de manera unilateral suspendió el pago de la mesada adicional de junio. Finalmente, manifiesta que agotó la reclamación administrativa (fls. 16 a 27).

Al dar respuesta a la demanda, la UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos negó haber reconocido la mesada catorce y, por ende, su suspensión, y aceptó los restantes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción de las mesadas. Argumentó que el Acto Legislativo 01 de 2005 impide el reconocimiento de la mesada reclamada, por cuanto su mesada pensional es superior a tres salarios mínimos (fls. 33 a 35).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 31 de enero de 2022 (archivo 10), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la pensión de jubilación convencional otorgada por la Caja Agraria en favor de la demandante, señora Elsa Sánchez Sánchez, con cédula de ciudadanía No. 26.492.494, a partir del 17 de julio del año 2008, se causó el día 27 de junio de 1999, como fruto de la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo de la demandante.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, el juzgado CONDENA a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones

Parafiscales de la Protección Social - UGPP a reconocer y pagar en favor de la demandante Elsa Sánchez Sánchez, la mesada adicional de junio o llamada mesada 14, a partir del 17 de julio del año 2008, conforme la cuantía de mesada que fue reconocida por la demandada, junto con sus respectivos reajustes anuales de ley.

TERCERO: DECLARAR la prescripción extintiva de las mesadas condenadas en el numeral anterior, respecto de aquellas que se causaron hasta el 23 de octubre del año 2016.

CUARTO: Se CONDENAN a la demandada a indexar el valor de las mesadas fruto de la condena que se efectúa en la presente sentencia, acudiendo para ello a los índices de precios al consumidor, teniendo como índices iniciales los de la causación de cada mesada y como índice final el vigente al momento de la efectiva inclusión en nómina del retroactivo que le corresponde a la demandante.

QUINTO: Se DECLARA no probadas las demás excepciones propuestas por la demandada.

SEXTO: Se CONDENAN en costas de la instancia a la parte demandada. Practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de un salario mínimo legal mensual vigente, como valor de las agencias en derecho.

Como sustento de su decisión, señaló que, acorde a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la pensión de jubilación de la demandante se causó una vez se produjo el retiro de la entidad, el 27 de junio de 1999, por lo que le son aplicables las normas vigentes para esa fecha y, tiene derecho al pago de la mesada adicional deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, al argumentar que la demandante no cumple con los requisitos del Acto legislativo 01 de 2005, que modificó la Ley 100 de 1993, para el reconocimiento de la mesada 14, pues el status pensional lo fué el 17 de julio de 2008 y su mesada pensional es superior a 3 salarios mínimos.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si la actora tiene derecho a que la pensión de jubilación convencional que disfruta le sea otorgada a razón de 14 mesadas al año.

Para dilucidar dicho problema jurídico, está demostrado que: **i)** la promotora del juicio prestó sus servicios personales a la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 8 de febrero de 1978 hasta el 27 de junio de 1999, y **ii)** la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en liquidación, le reconoció pensión de jubilación convencional a partir del 17 de julio de 2008, en cuantía inicial de \$1'463.400.73 (fls. 4 a 7).

Frente a la mesada adicional reclamada, se advierte que de conformidad con el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 *“Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994”*.

El Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso en el inciso 8º de su artículo 1º que *“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”*. Asimismo, la referida enmienda constitucional regula en el párrafo transitorio 6º que se exceptúan de lo establecido en el inciso 8º, las personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto si la prestación se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.

En relación con las pensiones convencionales, recuerda la Sala que el Acto Legislativo N.º 01 de 2005 por el cual se reforma el artículo 48 de la Constitución Nacional, dispone en el tercer párrafo transitorio, que las

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

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

En el presente caso, la norma convencional al amparo de la cual fue reconocida la prestación a la actora señala:

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

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

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

Frente a dicha cláusula convencional, en reiterada jurisprudencia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que la causación del derecho a la pensión se da únicamente con el tiempo de servicios prestados, dado que la edad es simplemente un requisito de exigibilidad, así lo refirió en sentencias CSJ SL289-2018, SL 526 de 2018, SL3197-2018.

En esa línea de pensamiento, se advierte que la accionante prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 8 de febrero de 1978 hasta el 27 de junio de 1999 esto es, por más de 20 años (fl. 4 a 7). Ahora, como quiera que nació el 17 de julio de 1958, alcanzó la edad de 55 años el mismo día y mes del año 2008 (fl. 3 copia cédula de ciudadanía). En consecuencia, la promotora del juicio causó el derecho a la pensión el 27 de junio de 1999 y por tanto tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional implorada como acertadamente concluyó el Juez de primer grado.

Prescripción

En el asunto bajo examen operó el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que el derecho se hizo exigible el 17 de julio de 2008 y, la demandante reclamó ante la entidad el reconocimiento de la mesada el 23 de octubre de 2019 (fls. 8 a 12), esto es, fuera del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y el 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, presentándose la demanda el 12 de diciembre de 2019 (fl. 28). En consecuencia, las mesadas causadas con anterioridad al 23 de octubre de 2016 se encuentran prescritas, como acertadamente concluyó la primera instancia.

Indexación

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

Descuentos para salud

Conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de 1994, la demandada se encuentra autorizada a efectuar descuentos de la

suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud a cargo del demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado, lo cual se indicará en la parte resolutive de esta providencia (CSJ SL2376-2018).

Retroactivo pensional

Dado que el retroactivo pensional continuará causándose, que las mesadas deben ser indexadas y se deben efectuar los descuentos para el sistema de salud, resulta inoficioso establecer un monto de retroactivo pensional, el cual deberá ser determinado por la entidad al momento de ingresar la novedad en la nómina de pensionados, para el efecto se tendrá como mesada pensional para cada año las siguientes:

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada
1/01/2008	31/12/2008		\$ 1.463.400,73
1/01/2009	31/12/2009	7,67%	\$ 1.575.643,57
1/01/2010	31/12/2010	2,00%	\$ 1.607.156,44
1/01/2011	31/12/2011	3,17%	\$ 1.658.103,30
1/01/2012	31/12/2012	3,73%	\$ 1.719.950,55
1/01/2013	31/12/2013	2,44%	\$ 1.761.917,34
1/01/2014	31/12/2014	1,94%	\$ 1.796.098,54
1/01/2015	31/12/2015	3,66%	\$ 1.861.835,75
1/01/2016	31/12/2016	6,77%	\$ 1.987.882,03
1/01/2017	31/12/2017	5,75%	\$ 2.102.185,24
1/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 2.188.164,62
1/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 2.257.748,25
1/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 2.343.542,69
1/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 2.381.273,72
1/01/2022	31/12/2022	5,62%	\$ 2.515.101,31
1/01/2023	31/12/2023	13,12%	\$ 2.845.082,60

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

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

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 31 de enero de 2022, únicamente en el sentido de indicar que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP deberá cancelar a la demandante el retroactivo pensional correspondiente a las mesadas adicionales de junio causadas a partir del 23 de octubre de 2016, las que deberán ser indexadas desde su causación hasta que se verifique el pago de la obligación; sumas sobre las cuales, la entidad se encuentra autorizada a deducir los aportes al sistema de seguridad social en salud de la demandante. Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes valores:

2017	5,75%	\$ 2.102.185,24
2018	4,09%	\$ 2.188.164,62
2019	3,18%	\$ 2.257.748,25
2020	3,80%	\$ 2.343.542,69
2021	1,61%	\$ 2.381.273,72
2022	5,62%	\$ 2.515.101,31
2023	13,12%	\$ 2.845.082,60

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 017 2019 00019 01.
DEMANDANTE: JOSÉ AGUSTÍN PÉREZ RIVAS.
DEMANDADO: AAK COLOMBIA S.A.S, INVERMARAL S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, MANFRED EUGENIO SCHMIDT HERNÁNDEZ y MARTHA LUCÍA OCHOA MARTÍNEZ.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de enero de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante convocó a juicio a los demandados para que se declare que durante la vigencia de la relación laboral entre las partes, vigente del 10 de octubre de 1990 al 27 de junio de 2013, incumplieron la obligación legal de afiliación, cotización y consignación de aportes de seguridad social en pensiones; en consecuencia, se condene al pago de la pensión sanción a partir del día siguiente a la terminación del vínculo, en 13 mesadas anuales, debidamente indexadas.

De manera subsidiaria, se condene al pago de aportes al fondo de pensiones al que se encuentre afiliado o se afilie el actor; sanciones, intereses moratorios, mesadas pensionales a partir del 28 de junio de 2013 y hasta tanto el sistema de seguridad social en pensiones asuma su pago; lo *ultra y extra petita* y, las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido, del 10 de octubre de

1990 al 27 de junio de 2013, terminado por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador; devengando como último salario la suma de \$3'000.000. Aduce que demandó a la parte pasiva, a través de proceso ordinario que cursó ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en razón del incumplimiento de las obligaciones laborales, pretendiendo la declaración del vínculo laboral, la responsabilidad solidaria de los demandados, el pago de prestaciones sociales y vacaciones, indemnización por terminación sin justa causa, indemnización moratoria y la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. En aquella oportunidad no solicitó lo pretendido en este asunto. El 6 de marzo de 2018, los demandados reconocieron inequívocamente la existencia del contrato verbal de trabajo, sus extremos, salario y causa de terminación, cuando en audiencia de conciliación celebrada en el Juzgado de conocimiento, decidieron conciliar todas y cada una de las pretensiones planteadas en dicho proceso, sin someter a condición, salvedad o advertencia el acuerdo.

Afirma que durante la relación laboral, nunca fue afiliado a seguridad social en pensiones ni le realizaron aportes. Que nació el 20 de marzo de 1949; para la fecha de terminación del contrato contaba con más de 22 años, 8 meses y 17 días laborados continuamente y más de 55 años de edad. Indica que cumplía con los requisitos para la pensión sanción y, que no ha podido adquirir su derecho pensional a raíz del incumplimiento de las demandadas en la afiliación y cotización (fls. 7 a 32).

La parte pasiva dio contestación en un solo escrito. Se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó no ser ciertos o no constarle ninguno. Propuso la excepción previa de prescripción y, las de mérito de inexistencia de la obligación, buena fe, pago, demanda temeraria, falta de causa, cobro de lo no debido, mala fe y, las demás declarables oficiosamente. En su defensa manifestó que jamás existió ni se desarrolló contrato de trabajo entre las partes, sino que se trató de contratos intermitentes de prestación de servicios profesionales personales de carácter privado, como abogado consultor externo, en virtud de lo que presentaba cuentas de cobro y; que el proceso que cursó ante el juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá, terminó por conciliación al tratarse de

derechos inciertos y discutibles, sin que se hubiere aceptado la relación (fls. 198 a 220).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de enero de 2022, declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, absolvió a los demandados de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

En lo fundamental, señaló que la parte demandada logró derruir la presunción del artículo 24 del CST y demostrar que el nexo que los unió fue de índole jurídica distinta a la laboral, advirtiendo la autonomía e independencia en las labores ejecutadas por el demandante como profesional del derecho, aunado a no existir continuidad. El actor solo adujo como prueba la conciliación celebrada entre las partes, empero del contenido del acta no se establece un contrato de trabajo en los extremos aducidos, sin que se aportara prueba diferente o elementos de convicción que soportarán sus afirmaciones, incumpliendo la carga probatoria que le incumbía y; resaltó, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que las manifestaciones de las partes en una conciliación no constituyen confesión.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante, argumentó que en el acta de conciliación quedó plasmado de manera expresa que se conciliaba la totalidad de las pretensiones declarativas y condenatorias que se expusieron en el libelo introductorio, en las cuales estaba plenamente definida la existencia del contrato de trabajo y extremos laborales, es decir no había que reabrir un debate probatorio sobre algo que ya hizo tránsito a cosa juzgada. Difiere del análisis que hace el despacho frente a los testimonios. Finalmente, indica que de llegarse a tener avante que era un servicio civil o de naturaleza diferente a la laboral, de prestación de servicios profesional o independiente, el beneficiario del trabajo debe ser garante con la obligación

de revisar los aportes a seguridad social, so pena de ser solidariamente responsables en esas obligaciones.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala limitará su estudio a los argumentos que fueron materia de apelación, razón por la cual deberá analizarse en primer lugar, si el acta de conciliación dentro del proceso anterior, eximía en este asunto del análisis probatorio de la existencia del contrato entre las partes.

Al respecto de la conciliación, desde la Ley 446 de 1998, en su artículo 64, se define como un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismos sus diferencias con ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador. Y el artículo 30 del Decreto 2511 de la misma anualidad, dispone que los acuerdos conciliatorios adelantados ante los respectivos conciliadores harán tránsito a cosa juzgada y, el acta de conciliación prestará mérito ejecutivo, en los términos de los artículos 78 del Código Procesal del Trabajo y 66 de la Ley 446 de 1998.

Recuérdese que el acta de conciliación es un acto jurídico donde intervienen sujetos y donde su consentimiento va dirigido a dar por terminado un conflicto existente o eventual; de modo que por tratarse de un negocio jurídico donde se verifica un acuerdo de voluntades supervisado por un tercero este hace tránsito a cosa juzgada y por demás presta mérito ejecutivo tal y como ha sido consentido por nuestro máximo órgano de cierre.

En este sentido, ha explicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia CSJ SL18096-2016, reiterada en las providencias CSJ SL11339-2017, CSJ SL8301-2017 y CSJ SL8564-2017, y más recientemente en la CSJ SL4066-2021, en torno al efecto de la conciliación en el campo laboral, que:

“En un acuerdo conciliatorio, bien presentado ante un juez o ante un funcionario administrativo o delegado por ley para esas funciones, para que le imparta su aprobación en relación con el cuidado que debe tenerse respecto a que no se violentaron derechos ciertos e indiscutibles, pueden tocarse temas del derecho laboral ordinario donde se acuerden puntos específicos de orden legal, convencional o voluntariamente concedidos por el empleador o relacionados con la Seguridad Social. Pero, de todas formas, que hacen tránsito a cosa juzgada.

Son las partes, y solo ellas, las que llegan al acuerdo, el funcionario le imprime su aprobación formal y en adelante el documento que lo contiene, goza de la presunción de validez. La aprobación del funcionario se supedita a verificar que lo consignado fue lo que realmente se acordó y si no se violan derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, de manera que si considera que no se presenta la dicha violación, debe aprobar el pacto y hacer las advertencias sobre los efectos de cosa juzgada que desde ese momento lo amparan.

Cuando se dice que el acta de conciliación hace tránsito a COSA JUZGADA, se está asegurando que no podrá adelantarse contra ella acción judicial posterior con el fin de revivir los asuntos conciliados. De hacerse, el juez deberá declarar probada, aún de oficio, la excepción de cosa juzgada. Esto debido a que el acta de conciliación tiene la misma fuerza obligante de una sentencia.

Sin embargo, puede ordenarse judicialmente la nulidad de un acta de conciliación cuando se afecte cualquiera de los elementos de un contrato, es decir, cuando se actúa sin capacidad o voluntad o cuando la referida actuación verse sobre un objeto o causa ilícita, salvo cuando se trate de la revisión del reconocimiento de sumas periódicas o de pensiones de cualquier naturaleza impuestas al tesoro público o a un fondo de naturaleza pública, situaciones en las que el mecanismo apto para la enervación de las transacciones o conciliaciones judiciales o extrajudiciales, es la revisión contemplada en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

Es decir, si la parte que firmó el acuerdo considera que en el contenido de la conciliación existe un vicio del consentimiento, un objeto o una causa ilícitos -con las salvedades anotadas- o una violación de derechos ciertos e indiscutibles, podrá acudir ante la jurisdicción mediante un proceso ordinario de competencia del Juez Laboral según las reglas que fija el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”

Conforme a lo anterior, concluye la alta corporación en la última sentencia referida, que las partes pueden acudir excepcionalmente al proceso ordinario laboral para debatir acuerdos conciliatorios con efectos de cosa juzgada, pero solo con el fin de que el juez analice temas relativos a su validez y eficacia, más no para que se vuelvan a estudiar las controversias resueltas por su propia voluntad.

En el sub lite, demandante y demandados suscribieron una conciliación el 6 de marzo de 2018, ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad, llegando a un acuerdo sobre la totalidad de las

pretensiones de la demanda, dentro del proceso 323-2016, a través de la cual el libelista recibió \$30.000.000.00, según consta en el mencionado acto jurídico, y en donde a la letra se lee: *“Las partes de común acuerdo manifiestan que han llegado a una conciliación respecto de la totalidad de las pretensiones de la demanda así, se declara conciliado el presente proceso por la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000), pagaderos en una cuota, la cual será transferida a más tardar el día 13 de marzo de 2018 (...)*”. En este sentido, dicho acuerdo fue aprobado por el juzgador, advirtiendo que *“En consecuencia se declara la terminación del proceso por cuanto, **se concilian todas y cada una de las pretensiones declarativas y condenatorias de la demanda** y se declara a paz y salvo a todas y cada una de las demandadas respecto de las pretensiones del proceso, sin costas para las partes”*, folios 52 a 53.

Pues bien, en dicho acto jurídico, las partes conciliaron todas y cada una de las pretensiones, declarativas y condenatorias, debatidas en ese proceso, encontrando que en el libelo incoatorio de aquella oportunidad, las acreencias pretendidas dependían de la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 10 de octubre de 1990 y el 27 de junio de 2013, fl. 54 a 62. Sin embargo, de lo expuesto en el acta de conciliación, no puede entenderse que en el acuerdo celebrado por las partes, con el fin de solucionar cualquier litigio eventual con motivo de la vinculación entre estos, den cuenta de una vinculación de carácter contractual laboral, como lo entiende el recurrente, pues si bien llegan a un acuerdo conciliatorio para terminar con un litigio, ello no constituye en manera alguna aceptación de las pretensiones del actor, pues si ese fuere el caso, habría lugar a la discriminación de las prestaciones laborales para verificar que el pago otorgado no vulnerara derechos ciertos e indiscutibles del supuesto trabajador.

En este entendido cumple precisar, que al ser la conciliación un mecanismo de resolución de conflictos, no puede equipararse al allanamiento de las pretensiones del demandante, pues ello conllevaría únicamente al pago exacto de lo pretendido, por el contrario la conciliación se trata de un pacto en el que las partes transan sus diferencias y conciertan un pago para evitar un proceso litigioso, pero si no queda

taxativamente aceptado un derecho, no puede entenderse como indefectiblemente reconocido.

Al respecto de la claridad que debe tener un acta de conciliación para evitar vulneración de derechos irrenunciables, la Corte Suprema de Justicia, en reciente sentencia SL1639-2022, precisó:

“En ese orden, la Sala considera oportuno hacer una precisión jurisprudencial, relativa a que en casos como el que nos ocupa, y en donde estén de por medio los derechos mínimos de un trabajador (art. 13 CST), con el fin de no transgredirlos, resulta indispensable entonces, para que el acta de conciliación tenga validez como acto jurídico, que en ella queden expresamente enunciados de manera individualizada y pormenorizada las acreencias laborales que hacen parte de ese acuerdo, pues lo contrario, su falta de concreción, podría conducir a que esa omisión o generalidad, en cuanto al objeto de la conciliación, induzca a error a quien prestó sus servicios personales, y de contera se vulnere lo consagrado en el canon 14 del CST.”

De lo expuesto se sigue, que el reconocimiento de una verdadera relación contractual laboral, pretendida por el demandante, no fue reconocido por los convocados a juicio en el acuerdo conciliatorio reseñado, cuya validez y legalidad en momento alguno se cuestionó, por tanto, si bien tiene efectos de cosa juzgada respecto a lo que se pretendió en aquel momento, no se extiende a la aceptación de un contrato de trabajo a término indefinido, como lo entendió el recurrente; y en este sentido, sí debe ahora, en este proceso, debatirse sobre su existencia, para verificar si de allí se desprende la obligación de la pasiva en el pago de seguridad social en pensiones.

En consecuencia se deberá analizar la naturaleza del vínculo que unió a las partes.

Contrato realidad

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.

A su vez, establece el artículo 24 *ibídem*, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, una presunción legal respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole a quien la alega, la acreditación de la prestación del servicio personal, y a quien resiste la pretensión, derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta.

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

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no 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.

De las pruebas allegadas, analizadas en conjunto, existe certeza sobre la prestación de los servicios por parte del señor José Agustín Pérez Rivas en favor de los demandados, como abogado asesor, como lo determinó el a quo, así como el pago de una retribución por esos servicios, bajo la figura de honorarios profesionales; por lo que en principio, obra a favor del libelista la presunción que dicha labor estuvo regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole a los empleadores, probar que la relación fue independiente y sin subordinación, situación que logró establecer la pasiva en el presente asunto.

Es así como al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó haber prestado sus servicios profesionales como abogado al señor Manfred Smith y a Martha Lucia Ochoa; que no era exclusivo para Fanagra (hoy AAK Colombia), pero más del 90% de trabajo fue de dedicación casi que exclusiva a esa empresa. Se acuerda que en el año 87 prestó servicios profesionales a Fanagra arreglándole un problema que tenía en la Cámara de Comercio de Bogotá por errores de una escritura pública, no se acuerda más. Indica que su trabajo en Fanagra no era exclusivo, no ingresó a la nómina de trabajadores. Presentó cuentas de cobro ya una vez cancelado el contrato de trabajo verbal. Dejó de asistir a Fanagra cuando lo operaron de corazón abierto; que tuvo una detención domiciliaria, aunque dice que hacía caso omiso de la medida porque, entre otras cosas, tenía que estar muy pendiente de una enfermedad renal de su hijo, así que iba a las oficinas también. Indica no saber explicar por qué se presentaba como abogado consultor o asesor externo para actuaciones judiciales, pero que siempre fue siguiendo pautas del señor Manfred Eugenio Smith. En cuanto a los servicios que prestaba a la señora Martha Lucía Ochoa Martínez y al señor Eugenio Smith Hernández dice que ella de vez en cuando le pedía trabajos allá en Fanagra y al señor, de acuerdo a lo que le solicitaban en la empresa.

Por su parte los demandados al absolver sendos interrogatorios de parte, coinciden en afirmar que el demandante sí prestó sus servicios de asesoría jurídica, pero de forma independiente, y que presentaba cuentas de cobro para el pago de honorarios.

La testigo Elba Emma Urbano Espejo, quien fue revisora fiscal de Invermaral S.A.S. y Aka S.A.S., indicó prestar servicios externos. Informó conocer al demandante, porque él prestaba sus servicios como asesor jurídico en Fanagra; él tenía un sitio de trabajo en el primer piso, en una oficina en donde prestaba sus servicios para muchas empresas del grupo Smith y para otras personas, también naturales, eso fue para el año 1999. Explica que a los externos se les asignaba un espacio cuando iban a prestar un servicio. Que cuando el demandante tenía que cobrar pasaba su cuenta de cobro, acompañada de una prestación de servicios, se le hacía una retención en la fuente y se pasaba para un comprobante de egreso para pagarle. Que cuando dejó de prestar sus servicios, se llevó las cosas que tenía en esa oficina. Afirmar que en varias oportunidades que se requería hacer alguna consulta, no lo encontraban y lo tenían que buscar, incluso en otras oficinas; que él se perdía en unos tiempos, también porque estuvo enfermo y sabe que estuvo prestando servicios en Oleocova otra empresa que tenían en Bogotá, en Facol y, allá también tenía un sitio de trabajo. Sabe que el señor Agustín Pérez estuvo detenido, cree que en casa por cárcel, para la época en que ella comenzó en Fanagra (1999), pues explica que el señor estuvo ausente por mucho tiempo y le comentaron que estaba detenido. Él tenía un sitio que acomodó como su oficina y organizó para atender todas sus asesorías independientes, ahí iba mucha gente, no solo de la empresa sino independiente que le consultaba sus asesorías; tenía escritorio, computador, muebles y enseres, y todo era del actor. Afirmar que cuando ingresó a la compañía no conoció inmediatamente al actor porque él no estaba en ese momento en la oficina, y fue unos meses después cuando lo conoció, sabe que no estaba en su oficina, porque esta quedaba en el primero piso y ella pasaba por ahí y no lo veía.

Gustavo Reyes Scholls informa conocer al actor desde los años 80, des cuando les prestó servicios profesionales de asesorías jurídicas; luego se lo presentaron a la familia Smith y también empezó a prestarles sus servicios profesionales a Fanagra, al padre de Manfred y en general negocios de la familia Smith, que eran bastantes sociedades; hacía las escrituras, registro, trámites de Cámara de Comercio; y les cobraba por cada uno de los trabajos que realizaba. Informa que él tenía una oficina

asignada, porque se perdía mucho, cada vez que lo querían ubicar era difícil; que como vivía solo, en Fanagra le dieron una habitación, *“porque él se perdía a veces 2-3 meses”*; su residencia era en las oficinas de Fanagra. En alguna época tenía una oficina también en la calle 39. Sabe que le pagaban por servicios y él también ayudaba a cobrar y le daban un porcentaje; lo sabe porque en fue gerente comercial de Fanagra entre el 93 y 98. Cuando iba a Villavicencio había un sitio donde se le asignaba a los asesores un espacio y en Bogotá era igual, para que prestaran ahí sus servicios. Sabe que cada vez que las empresas o el señor Smith o la señora Martha Lucía Ochoa, requerían los servicios del señor José Agustín Pérez le otorgaban poder. Indica que al actor se le otorgó una vivienda en las instalaciones de Fanagra, allí él tenía cama, cobijas y sus cosas personales, que eso ocurrió cuando se separó de la mujer y quedó solo, además sufrió un accidente y por ese motivo cree que Manfred le ofreció el cuarto; entonces era su sitio de vivienda, *“era más un tema de caridad”* y, ese cuarto es el mismo que se denomina oficina, *“...él tenía ahí todas sus pertenencias y sus propiedades, tenía hasta una máquina, me recuerdo una máquina de escribir bastante vieja que era del abuelo o del bisabuelo, que Agustín le tenía como mucho cariño, ahí la tenía”*.

De lo expuesto se sigue, que la actividad de abogado asesor del demandante, lo fue en ejercicio de una profesión liberal como profesional en derecho, con la independencia y autonomía de sus funciones que caracteriza este tipo de labores, en virtud de asesorías legales y prestación de servicios profesionales para adelantar litigios específicos, como los demostrados en el proceso, sin que por ello pueda entenderse que se trató de un verdadero vínculo contractual laboral; máxime si se tiene en cuenta que del acervo probatorio allegado y practicado, no se puede colegir con exactitud que la prestación del servicio haya ocurrido en un periodo continuo y determinado, dado que, contrario a ello, lo que logró demostrarse es que el demandante prestaba consultorías a terceros y, se ausentaba durante periodos largos de tiempo, como lo indicaron los testigos.

Tampoco puede entenderse que porque en algún periodo, por demás indeterminado, el accionante tenía su lugar de vivienda en un espacio de

la empresa Fanagra, deba concluirse que por ello necesariamente era su trabajador, pues en primer lugar, ni siquiera se adujo que fuera parte de salario en especie, y por otro lado, lo que puede deducirse es que concurrió un espacio en el que, además de habitación, adecuó como oficina, aunado a que los muebles y enseres eran de su propiedad, descartando que los demandados le hayan entregado elementos de trabajo.

Todo lo anterior cobra mayor fuerza con la documental allegada a folios 131 a 266, de las que, tal como lo concluyó el a quo, se logra extraer que el demandante prestaba sus servicios como profesional del derecho adelantando gestiones jurídicas, actuando como asesor jurídico externo (fl. 221 y 242), y presentando cuentas de cobro por concepto de asesoría jurídica (fls. 270 a 358) y, que dentro del periodo por el que pretende se declare la relación laboral, prestaba también sus servicios jurídicos a terceros.

En ese orden de ideas, se tiene por desvirtuada la subordinación en el caso bajo estudio, e incluso, que la prestación de servicio lo haya sido de manera continua y permanente en los extremos aducidos en el libelo demandatorio. Nótese que, ni siquiera obran en el plenario, elementos probatorios que acrediten de manera fehaciente los extremos temporales de la aducida relación de trabajo, la jornada laboral, el monto del salario, entre otros, todos estos aspectos indispensables para condenar al empleador al pago de las obligaciones laborales.

Finalmente, cumple precisar que en lo referente a la solidaridad que echa de menos el recurrente, que en su parecer surge para el beneficiario del trabajo cuando no se cumple con la obligación de revisar los aportes a seguridad social, dicha situación solo daría lugar a análisis de haberse probado siquiera un contrato de prestación de servicios, que es la figura de la que podría derivarse tal obligación; situación que tampoco es lo que se probó.

En consecuencia, se impone confirmar la sentencia apelada. Sin lugar a costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de enero de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

SEGUNDO: No se causan costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 018 2019 00331 01
DEMANDANTE: YOLANDA PINEDA SUÁREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de agosto de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la recuperación al régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, se ordene a Colpensiones la vinculación a su favor, lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 2 de mayo de 1962; ha cotizado al sistema general de pensiones desde el 5 de octubre de 1987 a la fecha; aportando al ISS hasta el 30 de abril de 1998. El 14 de abril de 1998, se afilió y trasladó al régimen de ahorro individual, a través

de formulario, sin recibir la debida información sobre beneficios, consecuencias, cartilla de información técnica, ni implicaciones económicas; por lo que la afiliada no tuvo comprensión clara y oportuna sobre el traslado. En el 2011 se trasladó a la AFP ING S.A., desconociendo las implicaciones de estar en el régimen de ahorro individual. Afirma que cotiza con un IBC de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes; que se le realizó proyección de pensión de retiro programado estableciendo una mesada pensional sobre un valor aproximado de \$923.997, mientras que en el régimen de prima media se le promedia los últimos 10 años de IBL, siendo más favorable (expediente digital, archivo 01 fls. 5 a 14).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda. Admitió la data de nacimiento de la demandante y, las cotizaciones efectuadas al ISS. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepción previa la de no comprender la demanda a todos los litis consortes necesarios, y de mérito las de inexistencia de derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 07 fls. 1 a 11).

La AFP Protección S.A. rechazó las pretensiones dirigidas en su contra. Aceptó la fecha de nacimiento de la actora y el ingreso base de cotización. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de la AFP Protección S.A., inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, 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, prescripción y, las declarables de oficio. Sostuvo que la afiliación de la actora se realizó de

manera libre y voluntaria y, que no cumple los requisitos para regresar al régimen de transición (expediente digital, archivo 09, fls. 1 a 11).

En audiencia del 7 de octubre de 2020, al decidir sobre la excepción previa formulada, se vincular como litis consorcio necesario a la AFP Porvenir S.A.; quien al dar contestación, se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera libre e informada, garantizando el derecho de retracto; además que no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 13 fls. 1 a 22).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 17 de agosto de 2022 (expediente digital, archivo 18), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la señora YOLANDA PINEDA SUÁREZ identificada con C.C. No. 51.678.652, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. suscrita el 14 de abril de 1998 con efectividad a partir del 1 de junio de ese mismo año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora YOLANDA PINEDA SUÁREZ, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a la FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación la señora YOLANDA PINEDA SUÁREZ identificada con C.C. No. 51.678.652, obligatoriamente devolver los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, estos últimos 3 conceptos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a la FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus

respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, del tiempo en que la señora YOLANDA PINEDA SUÁREZ, estuvo vinculada con la entidad.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES reactivar la afiliación la señora YOLANDA PINEDA SUÁREZ identificada con C.C. No. 51.678.652, y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros del FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

SEXTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas.

SÉPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. en favor de la parte demandante en la suma de \$1.500.000.00 cada una, Sin COSTAS para COLPENSIONES.

OCTAVO: Contra la presente providencia procede el recurso de apelación.

Como sustento de su decisión, señaló que las AFP accionadas no demostraron el contenido y alcance de la información suministrada a la actora al momento del traslado, con lo cual incumplieron la carga probatoria que les incumbía, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. arguye que era también deber de la actora estar informada y cerciorarse sobre los servicios que se iban a contratar, las características, condiciones generales y restricciones. No se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b del artículo 113 Ley 100 de 1993, por cuanto configuraría un enriquecimiento sin justa causa a su favor. Se opone a la indexación, teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones de las AFP se encuentran las de generar la rentabilidad mínima de las cuentas, por lo que resulta incompatible ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro de la parte demandante no se ven afectados por la inflación, por el contrario, ha generado rendimientos.

Colpensiones afirma que no existen vicios del consentimiento, la demandante realizó sus aportes de manera voluntaria, es una persona

capaz, consciente y con unas calidades académicas y, se pudo traslucir que se dio cumplimiento al deber de información; que con la permanencia en el RAIS y los traslados horizontales, la demandante dejó una intención clara de permanecer en este sistema; y no se puede alegar una ignorancia de la ley que justifique una decisión tomada por más de 20 años.

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

Se encuentra demostrado en el proceso que la demandante estuvo afiliada y efectuó cotizaciones a Colpensiones, desde el 5 de octubre de 1985 hasta el 30 de abril de 1998 (expediente digital, archivo 07, fl. 35 a 37), fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, archivo 13 fl. 57); con posterioridad, cambió horizontalmente a la ING Pensiones y Cesantías, hoy Protección S.A., el 28 de noviembre de 2011 (expediente digital, documento 09, fl. 12 y 34).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se trasladó al régimen de ahorro individual en el año 1998, a través de Porvenir, cuando llegó a la empresa un asesor y le dijo que el Seguro Social se iba a terminar y que tenía que escoger un fondo de pensiones, o

se le asignaría uno arbitrariamente. No recuerda si fue con Porvenir o después con Protección, le dijeron que se podría pensionar antes, en el momento que quisiera, pero no era muy claro y, que la pensión si fallecía le quedaba a los hijos. La asesoría duró aproximadamente 10 minutos, estaban en una campaña en varios puestos de los escritorios donde trabajaba y se sentó, no por mucho tiempo, porque estaban en sesión de trabajo. No le explicaron acerca del derecho de retracto, de la distribución de aportes, de los seguros para atender pensiones de invalidez y sobrevivencia, fondo de solidaridad, gastos de administración, capital que debía acreditar en su cuenta individual para pensionarse, rentabilidad mínima, cómo iba a ser reconocido lo que había cotizado en el ISS, ni sobre modalidades de pensiones; que entidades realizaban el control y vigilancia de las administradoras de pensiones, o qué sucedería si el empleador no cumplía con las obligaciones del aporte; sobre la garantía de pensión mínima de vejez, características o condiciones específicas del régimen de prima media; obligaciones contractuales que debía asumir como afiliado; no le indicaron sobre el traslado antes de que le faltaran 10 años para cumplir el derecho a la pensión de vejez, ni se le informó cuáles serán los requisitos para obtener la prestación. Dice que le explicaron que lo del Seguro Social estaba en un fondo común y que el otro era una cuenta, pero afirma que ella no entendía eso. Indica que se trasladó ante la angustia que se terminara el Seguro Social. En cuanto al ahorro voluntario, dice que Protección sí le habló de eso, pero no hizo estos aportes. Recuerda haber llenado un formulario básico, era dirección, teléfono, familiares, pero no que le hayan ampliado tanta información; el formulario lo diligenció el asesor y ella firmó. Piensa que sí fue presionada a trasladarse, porque le dijeron que iban a quitar el seguro social. El motivo para trasladarse al régimen de prima media, es porque en el año 2017 una asesora de Protección le explicó cuánto iba a ser el monto de su pensión, ella ganaba casi cuatro millones de pesos en ese momento y le salía una pensión de \$824.000. Finalmente dice que se trasladó a Protección porque allí tenía sus cesantías y el asesor le indicó que para que tuviera todo en el mismo fondo. El asesor de ING hoy protección sí le informó sobre unos intereses y, en el 2017 sí empezaron a enviarle extractos.

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

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

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

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 modificara la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación, para declarar la ineficacia de traslado,

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

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

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

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la

demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será confirmada en este 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).

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.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

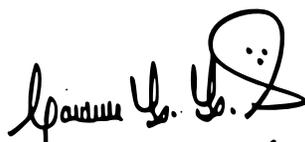
PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de agosto de 2022, para en su lugar disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de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

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto

018 2019 00331 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 021 2018 00022 02.
DEMANDANTE: MARIA FERNANDA CASTAÑO ARENAS.
DEMANDADO: CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, de la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante convocó a juicio a la demandada para que se declare la existencia de una relación laboral entre las partes del 5 de febrero de 2007 al 16 de noviembre de 2014, lapso dentro del cual está comprendido el servicio con Salud Total S.A. y Salud Total Régimen Subsidiado S.A.S., respecto de las cuales CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S. asumió los efectos de la sustitución patronal; en consecuencia, se condene al pago de las sumas completas a que tiene derecho por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, salarios dejados de cancelar, vacaciones, primas de servicios, indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, las sumas y conceptos laborales que se hallen probados de conformidad con los poderes ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que laboró de manera personal e ininterrumpida al servicio de la empresa demandada, del 5 de febrero de 2007 al 16 de noviembre de 2014, contratada inicialmente por Salud Total S.A., con un salario básico de \$2.052.147. El 3 de enero de 2011 le fue comunicada la sustitución patronal por cesión de su contrato de trabajo a Salud Total Régimen Subsidiado S.A.S., y el 28 de junio siguiente a Capital Salud EPS-S S.A.S., sociedad constituida como de economía mixta por acciones el 1º de julio de 2009; pasando a ser servidora pública. Entre el 2009 y el 2014, suscribió diversos otrosíes al contrato, fijando cambios en su remuneración mensual, cargo y, la modalidad, esta última que el 1º de noviembre de 2012 pasó a ser a término indefinido. El último cargo desempeñado fue el de Directora Médica Nacional, devengando un salario mensual de \$8.939.320. Afirma que ejecutó sus funciones de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo con el horario de trabajo señalado y demás obligaciones estipuladas en el contrato de trabajo y en el reglamento de la empresa.

Informa que participó activamente en la fundación del Sindicato SINTRACAPITAL, en el cual integró la comisión de reclamos. El 10 de noviembre de 2014, solicitó a la Gerencia General de la empresa, que le fueran definidas sus nuevas funciones, toda vez que el Dr. Sánchez venía informándole a los funcionarios que él era el nuevo jefe de proceso misional del área médica. El 13 de noviembre, informó respecto de actas pendientes de firma por parte del Representante Legal de la empresa. El 14 de noviembre radicó ante el Comité de Convivencia Laboral, queja por hechos de acoso laboral de los que venía siendo objeto por parte de la administración y, solicitó la investigación respectiva. Ese mismo día, se dio la terminación de su contrato de trabajo, invocando una supuesta justa causa. No se le adelantó proceso disciplinario ni diligencia de descargos; tampoco se adelantó el proceso por acoso laboral derivado de sus denuncias.

Aduce que la demandada no demostró las justas causas invocadas para la terminación del contrato de trabajo; no liquidó ni pagó completas las prestaciones sociales; no se le tuvo en cuenta en la liquidación el periodo laborado entre el 05 de febrero de 2007 y el 05 de julio de 2011 y, se

omitió liquidar con el último salario realmente devengado. Agotó la vía gubernativa el día 29 de diciembre de 2014, sin obtener respuesta (fls. 88 a 103).

Al contestar la demandada se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la constitución de la sociedad de economía mixta, los otrosíes suscritos en el 2012, el cambio en la modalidad del contrato, las comunicaciones del 10 y 13 de noviembre de 2014, la inexistencia de proceso disciplinario o diligencia de descargos y, el agotamiento de la vía gubernativa. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Propuso las excepciones de prescripción, litisconsorcio necesario, compensación y las demás declarables oficiosamente. Fundamentó su defensa en que durante la ejecución del contrato fueron canceladas todas las prestaciones laborales a las que había lugar; y que es necesario revisar la prescripción, en consideración a que la terminación del contrato data del 14 de noviembre de 2014 (fls. 111 a 114).

Mediante auto del 29 de octubre de 2018, se dispuso la vinculación de Salud Total E.P.S.-S. S.A., como litisconsorte necesario (fl. 160); quien, al dar contestación, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó la vinculación de la actora por parte de esta empresa, la constitución de la sociedad de economía mixta demandada, la notificación de cesión del contrato, su sustitución patronal y, el otrosí del 1º de mayo de 2011 que modificó el cargo; respecto de los demás, manifestó no ser ciertos o que no le constan. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, pago, compensación, prescripción, buena fe de la demandada, y las declarables de oficio. Adujo que entre las partes se pactó un auxilio extralegal no constitutivo de salario, aceptado voluntariamente por la trabajadora, quien nunca hizo reclamo en tiempo razonable sobre el particular, ni manifestó algún vicio en el consentimiento (fl. 216 a 246).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 18 de noviembre de 2021 (CD fl. 488), resolvió:

PRIMERO: Declarar que entre la demandante María Fernanda Castaño Arenas y Capital Salud EPS-S, existió un contrato de trabajo a término indefinido ejecutado entre el 5 de febrero de 2007 y el 14 de noviembre de 2014.

SEGUNDO: Declarar que el contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre la señora María Fernanda Castaño Arenas y Capital Salud EPS-S, finalizó el 14 de noviembre de 2014, sin justa causa por parte de su empleador.

TERCERO: Declarar probada la excepción de prescripción propuesta por Capital Salud EPS-S S.A.S y Salud Total EPS-S S.A. El despacho se releva del estudio de los demás medios exceptivos.

CUARTO: Absolver a la demandada Capital Salud EPS-S S.A.S y a la vinculada como litisconsorcio necesario Salud Total EPS S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: Sin costas.

SEXTO: Remitir el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en caso de que no sea apelada esta decisión.

En lo fundamental, señaló que no hay lugar a la reliquidación de las acreencias laborales, en atención a la existencia de la cláusula de pacto de exclusión salarial. Asimismo, encontró no demostrada la justa causa alegada por el empleador para la terminación del vínculo, empero, operó el fenómeno de la prescripción para reclamar la indemnización.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. CONSIDERACIONES

Quedó demostrado dentro del proceso, que entre las partes existió un contrato de trabajo, vigente entre el 5 de febrero de 2007 y el 14 de noviembre de 2014, inicialmente mediante contrato de trabajo de duración por la obra o labor contratada y posteriormente a término indefinido, desempeñando como último cargo el de Director Médico Nacional de Salud. Así fue aceptado por la demandada al dar contestación al libelo inicial, (contestación al hecho primero, fl. 111); así como por Salud Total, cuando

aceptó haber contratado a la demandante inicialmente (contestación al hecho segundo, fl. 216). Así se corrobora con el contrato de trabajo de duración por la obra o labor contratada, inicialmente suscrito entre la demandante y Salud Total EPS-S (fl. 36 a 41), los otros íes suscritos a lo largo de la relación laboral (fl. 42 a 62), la comunicación de terminación del contrato (fl. 74 a 76), la certificación laboral expedida por la directora de gestión humana de la demandada (fl. 77) y, la liquidación final de prestaciones sociales (fl. 78).

Tampoco fue objeto de litigio, la existencia de sustitución patronal de Salud Total EPS a Salud Total EPS Régimen subsidiado, y posteriormente a Capital Salud EPS Subsidiada, pues así fue aceptada en las contestaciones respectivas, aunado a verificarse con la documental correspondiente a las comunicaciones enviadas a la promotora del juicio, visibles de folios 64 a 67.

Precisado lo anterior, se tiene que el problema jurídico en el presente asunto, se circunscribe a determinar si la accionante tiene derecho a la reliquidación de sus acreencias laborales a la finalización de la relación laboral, con un salario mayor al utilizado por la demandada y, en el mismo sentido, si la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte de la empresa, ocurrió sin justa causa.

No obstante, observa la colegiatura que la demandada Capital Salud EPS-S, al oponerse a la prosperidad de las peticiones, arguye que es necesario revisar la prescripción de las diferentes acreencias laborales que de manera equívoca se pretenden dentro de la presente causa, en consideración a que la terminación del contrato de trabajo entre las partes, data de fecha 14 de noviembre de 2014; razón por la cual, se procederá en primer lugar al estudio de este medio exceptivo, toda vez que, de haber operado, conlleva a la extinción de las acreencias solicitadas.

De la prescripción

Sea lo primero precisar que, el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, establece:

“ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.”

A su turno, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, consagra la prescripción de las acciones en los siguientes términos:

“ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

Frente al punto de la prescripción extintiva, es necesario recordar que el sistema jurídico colombiano, prevé esta institución como un modo de extinguir los *“derechos u obligaciones, como resultado de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley, por cualquier razón subjetiva que motive la inacción de su titular”* (sentencia C-091 de 2018 Corte Constitucional). Conforme a ello, es dable entender que esta figura materializa el principio constitucional a la seguridad jurídica, al impedir una indefinición latente y prolongada de los problemas jurídicos surgidos de hechos jurídicos relevantes, como aquellos que pueden derivarse de la relación entre trabajadores y empleadores, o los afiliados y las entidades que integran el sistema de la seguridad social. Por tal razón, el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción laboral resulta válido, además, porque responde a la necesidad de implementar un orden justo y pacífico.

Al respecto de la prescripción en materia laboral, ha explicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SL5159-2020 del 11 de noviembre de 2020, Radicación n.º 60656, explicó:

La prescripción es un modo de adquirir cosas ajenas, o bien, de extinguir las acciones y derechos, por haberse poseído dichas cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante un lapso de tiempo determinado. Es decir, la prescripción extintiva se entiende como una forma de extinción o desaparición de un derecho, real o personal o de una acción, cuando durante un determinado período de tiempo establecido en

la ley, no se realizan ciertos actos, a lo que el ordenamiento le atribuye la consecuencia indicada (CSJ SL2501-2018).

Esta Sala de la Corte ha señalado que el fenómeno de la prescripción se justifica por razones de orden práctico y que exigen que las relaciones jurídicas no permanezcan inciertas en el tiempo y se solucionen (CSJ SL, 2 may. 2003, rad. 19854). En materia laboral, en la sentencia C-412-1997 la Corte Constitucional indicó que dicha institución jurídica tiene como finalidad *«el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción laboral concurrente con la función del Estado de garantizar la vigencia y efectividad del principio de seguridad jurídica. Resulta entonces congruente con dicho principio, el imponer límite a la existencia de conflictos para que estos no perduren indefinidamente, siendo resueltos por medios pacíficos entre patronos y trabajadores»*.

Sin desconocer el espacio fáctico de la acusación y como esta conmina a la Sala a determinar el momento a partir del cual comienza a contar el término de prescripción de las acreencias laborales reclamadas, es pertinente reiterar que acorde a lo estatuido en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben en tres años que se cuentan a partir del momento en que cada uno se hizo exigible (CSJ SL13155-2016, CSJ SL 1785-2018 y CSJ SL2885-2019), de modo que quien exija una prestación social deberá alegarla en el término establecido, en cuyo caso, basta *«el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador»*, para que por una sola vez se entienda interrumpida y comience a correr de nuevo el término por un lapso igual al inicialmente señalado.

Al respecto, esta Sala ha adoctrinado que con ese *«reclamo escrito»* lo que el legislador pretendió fue que el empleador, ante el eventual inicio de un proceso judicial, hubiese conocido previamente sobre las acreencias que el trabajador pretendía que le fueran canceladas. De modo que ese *«simple reclamo por escrito»* puede entenderse como cualquier requerimiento o solicitud por escrito que el trabajador hubiese realizado del derecho debidamente determinado y del que el empleador tuviese conocimiento, incluso, en peticiones realizadas ante autoridades judiciales o administrativas que hubiesen quedado plasmadas de forma escritural (CSJ SL, 2 sep. 2020, rad. 55445).

De conformidad con lo anterior, al juez del trabajo le corresponde verificar la fecha de causación de cada acreencia y, por consiguiente, la data en la que podía ser reclamada, conforme con la ley o el acto que la contemple, a efectos de aplicar la excepción de prescripción en cada caso.

Lo anterior, exhibe un sentido lógico porque en cada derecho laboral o de la seguridad social persisten dos momentos, que a veces coinciden: *i)* su causación y *ii)* su exigibilidad. El primero se presenta cuando se dan los supuestos de hecho de la norma jurídica. El segundo momento, depende de la posibilidad de hacer efectivo el derecho de manera coactiva, pues así se colige claramente del artículo 151 del Código de Procedimiento del

Trabajo y la Seguridad Social, al advertir que el inicio del término de tres años durante los cuales se puede reclamar el cumplimiento del derecho por parte del obligado es partir de su exigibilidad, so pena que, si no se hace, opere la prescripción. Ello sin olvidar, la suspensión de dicho fenómeno permitido por la misma norma cuando señala que *“El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”*

En el asunto bajo examen conviene señalar que conforme quedó determinado, el contrato de trabajo que unió a las partes, finalizó el 14 de noviembre de 2014, por lo que en los términos del artículo 65 del CST, la obligación del empleador de cancelar las acreencias laborales causadas, se generó en ese momento, encontrando que así procedió a su liquidación, como se verifica con el documento de folio 78; y en este sentido, si la trabajadora consideraba que existían deudas frente a las prestaciones canceladas, debía reclamar dentro de los tres años siguientes a partir de la finalización de la relación laboral, data en que se hicieron exigibles sus acreencias, en atención a la finalización del vínculo contractual laboral.

Pues bien, la demandante elevó reclamación el 29 de diciembre de 2014, solicitando el reintegro, y de manera subsidiaria, el reconocimiento y pago *“de las sumas adeudadas por concepto de prestaciones sociales e indemnización por despido injusto”* (folio 104 a 105); interrumpiendo el término prescriptivo por un lapso igual al inicial, es decir, que tenía hasta el mismo día y mes del año 2017 para activar el aparato judicial y reclamar sus prestaciones laborales; lo cual no aconteció, pues la demanda fue radicada el 12 de enero de 2018 (fl. 83), superando el término trienal de que trata la norma, por lo que operó el fenómeno prescriptivo de los derechos y acciones a la luz del artículo 151 del CPTSS y 488 del CST.

Cumple precisar que, como lo advirtió la juez de primer grado, en los términos del artículo 118 del CGP, *“Cuando el término sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año. Si este no tiene ese día, el término vencerá el*

último día del respectivo mes o año. Si su vencimiento ocurre en día inhábil se extenderá hasta el primer día hábil siguiente". (Negrillas de la Sala)

Así las cosas, pese a que el término trienal venció el 29 de diciembre de 2017, cuando no se podía radicar la demanda en virtud de la vacancia judicial¹, el término se extendió hasta el día hábil siguiente, que lo fue el 11 de enero de 2018, fecha en que se reanudan las actividades judiciales a nivel nacional; por tanto, solo hasta ese día contaba la parte actora para radicar la demanda de sus pretensiones en tiempo.

Bajo las anteriores precisiones, no hay lugar al estudio de fondo la verificación salarial a fin de reliquidar las prestaciones finales, así como tampoco de la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, por cuanto la extrabajadora ejercitó las acciones que tenía a su alcance por fuera del término legal consagrado para efectos de reclamar el pago de las acreencias y derechos laborales que consideraba adeudados por su empleador, al encontrarse afectados del fenómeno de la prescripción, por tal razón se impone confirmar la sentencia consultada, pero por lo aquí expuesto.

No se causan costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2021 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

SEGUNDO: No se causan costas en la consulta.

¹ Artículo primero, literal b, Ley 31 de 1971

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 021 2021 00198 01
DEMANDANTE: MARÍA NELLY MALDONADO MACHADO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Visto el memorial de sustitución de poder allegado en esta instancia por la apoderada general de la parte demandada (folio 29), se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. CINDY JULIETH VILLA NAVARRO identificada con cédula de ciudadanía No. 1.129.580.577 y T.P. No. 219.992 del C.S. de la J.

SENTENCIA

Decide la Sala en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de marzo de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió proceso ordinario laboral para que se condene a la demandada a corregir su historia laboral y en consecuencia, a reliquidarle la pensión con base en el promedio de cotizaciones de los 10 últimos años anteriores al reconocimiento de su prestación, con una tasa de reemplazo de 90%, junto con los intereses moratorios; la indexación, las costas y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 14 de noviembre de 1958. Solicitó su pensión el 13 de junio de 2014, la que le fue reconocida mediante Resolución SUB 34311 de 2017. El 19 de junio de

2020 solicitó la corrección de su historia laboral, revisión y ajuste de la pensión, e intereses moratorios; petición negada mediante Resolución SUB 163493 de 2020; decisión contra la que interpuso los recursos de reposición, en subsidio apelación, que fueron resueltos confirmando la decisión inicial (expediente digital, archivo 01, fls. 11 a 19).

Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió la totalidad de los hechos. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y las declarables de oficio. Para enervar las pretensiones, argumentó que calcular el IBL con el promedio de las cotizaciones de los últimos 10 años de la demandante, daría un IBL inferior, al calculado en la SUB 34311 del 18 de abril de 2017 y, para no violentar derechos adquiridos, se debe mantener la liquidación efectuada en esa resolución (archivo 07, fls. 3 a 17).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de marzo de 2022, resolvió absolver a la demandada, declarar probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado, e imponer costas a la demandante (archivo 16).

En lo fundamental señaló que la mesada pensional calculada con el IBL de los salarios cotizados en toda la vida y en los últimos 10 años, arroja una mesada inferior a la reconocida por Colpensiones. Asimismo, que no hay lugar a intereses moratorios, por cuanto la entidad reconoció la prestación dentro del término legal.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia

totalmente adversa a las pretensiones de la demandante, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Solicita la demandante la reliquidación de la pensión de vejez teniendo en cuenta el promedio de cotizaciones de los 10 últimos años anteriores al reconocimiento de su prestación.

Se encuentra demostrado que **i)** la demandante nació el 14 de noviembre de 1958 y cumplió los 55 años de edad, el mismo día y mes del año 2013; por lo que para el 01 de abril de 1994, contaba con 35 años de edad (cédula de ciudadanía, expediente digital, archivo 01, fl. 181) **ii)** Colpensiones le reconoció la pensión de vejez mediante Resolución N.º SUB 34311 del 18 de abril de 2017, en cuantía inicial de \$1.598.696, efectiva a partir del 1º de mayo de 2017, cuya liquidación se basó en 1.333 semanas, con una tasa de remplazo del 90%, de conformidad con el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Acto Legislativo 01 de 2005 (archivo 07, fls. 76 a 81); **iii)** la prestación fue modificada mediante Resolución SUB 75459 del 25 de mayo de 2017, en el sentido de reconocer la prestación a partir del 1º de diciembre de 2013, en cuantía inicial de \$1.339.924 (archivo 01, fls. 22 a 30) y; **iv)** la demandante solicitó la reliquidación, pero le fue negada por Resolución SUB 163493 del 30 de julio de 2020, bajo el argumento de no haberse generado valores a su favor, decisión confirmada por actos administrativos SUB 249374 de 2020 y DPE 16150 de 2020, que resolvieron el recurso de reposición y apelación, respectivamente (archivo 01, fls. 71 a 85, 155 a 165 y 169 a 179).

Frente al régimen de transición, se advierte que éste garantizó a sus beneficiarios la aplicación de las disposiciones anteriores a la entrada en vigencia del régimen general de pensiones tan solo en tres aspectos puntuales: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la prestación, entendido este último como el porcentaje o tasa de remplazo, en tanto que, el modo de obtener el ingreso base de liquidación, se encuentra regulado explícitamente en la Ley 100 de 1993 y, en esa medida, no

resulta viable acudir a disposiciones anteriores para establecerlo. Así se ha pronunciado la Corte Suprema de justicia en múltiples sentencias, más recientemente en la SL824-2020.

En ese sentido, frente a la forma de determinar el IBL bajo los derroteros del referido precepto, la Sala Laboral de la misma Corporación, también ha sostenido de manera reiterada que para los afiliados beneficiarios del régimen de transición, el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, se calcula conforme el inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, el cual señala que *«El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base el Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE»* (sentencias CSJ SL, 1 mar. 2011, rad. 40552; SL, 22 ene. 2013, rad, 37246; SL 464-2013; SL 730-2013, SL3696-2018 y SL 3330 de 2019).

Paralelamente, para aquellas personas que al estar dentro del régimen de transición, que les faltará más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, la norma aplicable a efectos de determinar el IBL, será el dispuesto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, *el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo»*

En ese mismo horizonte, se ha referido la Corte Constitucional, en sentencia C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 a través de la cual unificó su jurisprudencia en cuanto a la determinación del IBL para los beneficiarios del régimen de transición, al indicar que a estos les son aplicables las

reglas previstas en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 sobre: edad para consolidar el derecho; el tiempo de servicios o semanas cotizadas; y el monto de la pensión, entendida esta como la tasa de remplazo.

Pues bien, para determinar el monto de la pensión, la Sala da aplicación a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Efectuadas las operaciones correspondientes, se tiene que el IBL, de conformidad con los salarios cotizados por la actora en toda la vida laboral, asciende a \$1'216.962 y, con base en los 10 últimos años es de \$1'485.581, el que resulta más favorable. Por ello, se aplica una tasa de remplazo del 90%, como quiera que alcanzó a cotizar más de 1.250 semanas, lo que arroja una mesada inicial para el año 2013 de \$1'337.023, es decir, que el IBL más favorable determinado por la Sala resulta incluso inferior al determinado en la Resolución N.º SUB 75459 del 25 de mayo de 2017, mediante la cual Colpensiones modificó la fecha a partir de la cual debió ser otorgada la pensión de la actora, y ordenó el retroactivo pertinente, tomando en consideración un IBL de \$1'488.804.

Importa destacar que para determinar cada uno de los ingresos base de liquidación la Sala acudió al reporte de semanas cotizadas generado el 4 de octubre de 2021, por ser el más actualizado y, toda vez que los salarios reportados por el empleador eran los únicos que Colpensiones estaba obligada a contabilizar a efectos de establecer el monto de la prestación.

Cálculo I.B.L Toda la Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo p promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1981	75	0,910	78,05	85,769	6.776	581.138	1.452.845
1982	61	1,140	78,05	68,465	7.470	511.433	1.039.914
1985	132	1,960	78,05	39,821	25.530	1.016.641	4.473.221
1987	207	2,900	78,05	26,914	21.420	576.493	3.977.805
1989	275	4,610	78,05	16,931	32.560	551.260	5.053.215
1990	365	5,810	78,05	13,434	41.025	551.119	6.705.281
1991	365	7,690	78,05	10,150	51.720	524.934	6.386.703
1992	366	9,740	78,05	8,013	65.190	522.390	6.373.159
1993	365	12,190	78,05	6,403	81.510	521.891	6.349.678
1994	365	14,930	78,05	5,228	153.266	801.235	9.748.354
1995	360	18,290	78,05	4,267	219.016	934.618	11.215.418
1996	360	21,840	78,05	3,574	238.000	850.545	10.206.538
1997	360	26,550	78,05	2,940	445.319	1.309.121	15.709.457
1998	360	31,230	78,05	2,499	542.333	1.355.399	16.264.790
1999	360	36,420	78,05	2,143	589.083	1.262.437	15.149.244
2000	360	39,790	78,05	1,962	1.015.883	1.992.704	23.912.449

2001	360	43,270	78,05	1,804	970.333	1.750.278	21.003.333	
2002	360	46,580	78,05	1,676	976.917	1.636.933	19.643.198	
2003	360	49,830	78,05	1,566	1.031.944	1.616.360	19.396.326	
2004	360	53,070	78,05	1,471	900.028	1.323.670	15.884.040	
2005	360	55,990	78,05	1,394	715.370	997.226	11.966.706	
2006	300	58,700	78,05	1,330	650.000	864.267	8.642.675	
2007	360	61,330	78,05	1,273	950.000	1.208.992	14.507.908	
2008	360	64,820	78,05	1,204	1.100.000	1.324.514	15.894.168	
2009	360	69,800	78,05	1,118	1.100.000	1.230.014	14.760.172	
2010	360	71,200	78,05	1,096	1.200.000	1.315.449	15.785.393	
2011	360	73,450	78,05	1,063	1.266.667	1.345.995	16.151.940	
2012	360	76,190	78,05	1,024	2.250.000	2.304.928	27.659.142	
2013	330	78,050	78,05	1,000	3.000.000	3.000.000	33.000.000	
Total días	9326	Total devengado actualizado a:					2013	378.313.071
Total semanas	1333	Ingreso Base Liquidación						1.216.962
Total Años	25,81	Porcentaje aplicado						90%
							Primera mesada	1.095.266
Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año							2013	589.500

Cálculo I.B.L. 10 Años Vida Laboral								
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
2003	90	49,830	78,05	1,566	1.138.033	1.782.531	5.347.592	
2004	360	53,070	78,05	1,471	900.028	1.323.670	15.884.040	
2005	360	55,990	78,05	1,394	715.370	997.226	11.966.706	
2006	300	58,700	78,05	1,330	650.000	864.267	8.642.675	
2007	360	61,330	78,05	1,273	950.000	1.208.992	14.317.908	
2008	360	64,820	78,05	1,204	1.100.000	1.324.514	15.704.168	
2009	360	69,800	78,05	1,118	1.100.000	1.230.014	14.570.172	
2010	360	71,200	78,05	1,096	1.200.000	1.315.449	15.595.393	
2011	360	73,450	78,05	1,063	1.266.667	1.345.995	15.961.940	
2012	360	76,190	78,05	1,024	2.250.000	2.304.928	27.469.142	
2013	330	78,050	78,05	1,000	3.000.000	3.000.000	32.810.000	
Total días	3600	Total devengado actualizado a:					2013	178.269.736
Total semanas	514	Ingreso Base Liquidación						1.485.581
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado						90%
							Primera mesada	1.337.023
Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año							2013	589.500

Puestas las cosas de esta manera, resulta confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia.

Intereses moratorios.

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 (4) meses que concede el artículo 9º la Ley 797 de 2003 contados contados a partir de la radicación de la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

En el asunto bajo examen la accionante cumplió la edad para acceder a su pensión de vejez, el 14 de noviembre de 2013, siendo su última cotización registrada para el periodo de 30 de noviembre de la misma anualidad. Solicitó su prestación por primera vez el 13 de junio de 2014, pero le fue negada por no acreditar el mínimo de semanas (archivo 01, fl. 22 ss).

Solo hasta cuando el empleador Centro Comercial San Victorino Estelar, realizó el pago del cálculo actuarial correspondiente al periodo comprendido entre el 4 de abril de 1989 y el 11 de julio de 1994, lo que ocurrió el 29 de noviembre de 2016 (archivo 7, fl. 39 y 40), pudo solicitarse a la demandada la corrección de la historia laboral incluyendo estas semanas, situación que aconteció, el 3 de febrero de 2017, como se verifica del documento denominado: “carta remisoría” dirigida a la Gerencia de Operaciones, para validar los ciclos (archivo 07, fls. 172 a 173). Y la entidad concedió la prestación el 18 de abril de esa anualidad, mediante Resolución SUB 34311, esto es, transcurridos un poco más de dos meses. Así las cosas, es claro que Colpensiones no superó el periodo de gracia legal, por tanto no se causó el derecho a los intereses deprecados, debiéndose confirmar la decisión de primera instancia.

No se causan costas en el grado de consulta.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de marzo de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin COSTAS en el grado de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 024 2020 00412 01
DEMANDANTE: GONZALO LASSO JIMENEZ
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de marzo de 2022. Igualmente, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, entidad de la cual es garante la Nación.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que fue retirado de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero el 27 de junio de 1999, por liquidación de la entidad, sin haber cumplido la edad de 55 años y con 20 años de servicio, causando su derecho pensional en esa fecha, por virtud del parágrafo 1 del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo vigencia 1.998 – 1.999, mucho antes de la vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, por lo que tiene derecho a la mesada adicional de junio o, mesada catorce, desde que cumplió la edad para disfrutar el derecho pensional convencional, esto es, el 05 de febrero de 2010. En consecuencia, se condene a la demandada a restablecer, liquidar y pagar, debidamente indexada, la mesada catorce o mesada adicional de junio,

causada desde junio de 2012, hasta cuando sea incluido en nómina y, las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que laboró en la entonces Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por más de 20 años, en calidad de trabajador oficial, hasta el 27 de junio de 1999, fecha en que la empleadora dio por terminado su contrato de trabajo, sin haber cumplido la edad de 55 años; por lo que adquirió el derecho de la pensión convencional en esa data, haciéndose exigible una vez cumplió los 55 años, esto es, el 05 de febrero de 2010. Que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, emitió Resolución No. 507 de 08 de marzo de 2010, por medio de la cual le reconoció la pensión de jubilación convencional a partir del 05 de febrero de 2010, en cuantía inicial de \$947.724,38, equivalente al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, esto es, sobre \$1.263.632,50, reconociendo y ordenando el pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce. Mediante Resolución N. 6008 de 2012, el fondo procedió a indexar la pensión en la suma de \$1.765.040,86, a partir de la data de reconocimiento; de manera sorpresiva, unilateral y sin que mediara autorización del pensionado ni orden judicial, no se ordenó el pago de la mesada adicional de junio de 2012. Finalmente, manifiesta que agotó la reclamación administrativa (expediente digital, archivo 01, fls. 4 a 15).

Al dar respuesta a la demanda, la UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos negó que el demandante haya adquirido el derecho pensional en la fecha de terminación del contrato, y aceptó los restantes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, y las demás declarables de oficio. Argumentó que el Acto Legislativo 01 de 2005 impide el reconocimiento de la mesada reclamada, por cuanto el cumplimiento de todos los requisitos para acceder a la pensión se dio con posterioridad a su entrada en vigencia y, su mesada pensional es superior a tres salarios mínimos (expediente digital, archivo 05, fls. 2 a 5).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de marzo de 2022 (archivo 10), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que señor GONZALO LASSO JIMÉNEZ tiene derecho al restablecimiento de la mesada adicional catorce (14), a cargo de la Unidad de Gestión de Pensión y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, desde el mes de junio de 2018 y en adelante, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP a restablecer el pago de las Mesadas adicionales catorce (14), a favor del demandante señor GONZALO LASSO JIMÉNEZ causadas a partir de junio de 2018 hasta el día de hoy, suma que asciende a la fecha de la presente sentencia a diez millones setenta y un mil seiscientos cuarenta y tres pesos (\$10'071.643), así como también a las que en lo sucesivo se causen, valores que se deberán pagar debidamente indexados de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la demandada y no probados los hechos sustento de los demás medios exceptivos.

CUARTO: COSTAS en la instancia a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, líquidense por secretaría incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de \$500.000.

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

Como sustento de su decisión, señaló que la pensión de jubilación que disfruta el demandante se causó una vez se produjo el retiro de la entidad, por lo que no le son aplicables las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005 y tiene derecho al pago de la mesada adicional deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, al argumentar que el demandante no cumple con los requisitos de ley para el reconocimiento de la mesada 14, pues por mandato constitucional no se reconocerán pensiones con mesadas adicionales a partir del 25 de julio de 2005, aunado a que no cumple con los parámetros para ser beneficiario de la excepción, pues su mesada pensional es muy superior a 3 salarios mínimos.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia

adversa a la UGPP, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente también abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si el actor tiene de derecho a que la pensión de jubilación convencional que disfruta le sea otorgada a razón de 14 mesadas al año.

Para dilucidar dicho problema jurídico, está demostrado que: **i)** el promotor del juicio prestó sus servicios personales a la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 7 de octubre de 1974 hasta el 27 de junio de 1999, **ii)** el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, quien subrogó a la empleadora, le reconoció pensión de jubilación convencional a partir del 5 de febrero de 2010, en cuantía inicial de \$947.724.38 (archivo 01, fls. 22 a 25) **iii)** que la primera mesada fue indexada mediante Acto Administrativo N.º 6008 de 31 de diciembre de 2012, en cuantía inicial de \$1.765.040.86 (fls. 26 a 29).

Frente a la mesada adicional reclamada, se advierte que de conformidad con el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 *“Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994”*.

El Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso en el inciso 8º de su artículo 1º que *“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”*. Asimismo, la referida enmienda constitucional regula en el párrafo transitorio 6º que se exceptúan de lo

establecido en el inciso 8º, las personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto si la prestación se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.

En relación con las pensiones convencionales, recuerda la Sala que el Acto Legislativo N.º 01 de 2005 por el cual se reforma el artículo 48 de la Constitución Nacional, dispone en el tercer párrafo transitorio, que las reglas de carácter pensional que regían a la fecha de su vigencia contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrían por el término inicialmente estipulado. Y precisó que en los pactos, convenciones o laudos que se suscribieran entre la vigencia de dicho Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrían estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encontraran vigentes. En todo caso, dispuso el Acto Legislativo, que perderían vigencia el 31 de julio de 2010.

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

En el presente caso, la norma convencional al amparo de la cual fue reconocida la prestación a la actora señala:

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

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

PARAGRAFO 1. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 años si es mujer,

tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de (20) años de servicios a la Institución.

Frente a dicha cláusula convencional, en reiterada jurisprudencia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que la causación del derecho a la pensión se da únicamente con el tiempo de servicios prestados, dado que la edad es simplemente un requisito de exigibilidad, así lo refirió en sentencias CSJ SL289-2018, SL 526 de 2018, SL3197-2018.

En esa línea de pensamiento, se advierte que el accionante prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 7 de octubre de 1974 hasta el 27 de junio de 1999 esto es, por más de 20 años (archivo 01, fl. 22 a 25). Ahora, como quiera que nació el 5 de febrero de 1955, alcanzó la edad de 55 años el mismo día y mes del año 2010 (archivo 01, fl. 21 copia cédula de ciudadanía). En consecuencia, el promotor del juicio causó el derecho a la pensión el 27 de junio de 1999 y por tanto tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional implorada como acertadamente concluyó la Juez de primer grado.

Prescripción

En el asunto bajo examen operó el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que el derecho se hizo exigible el 5 de febrero de 2010, se le dejó de pagar a partir de la Resolución 6008 de 31 de diciembre de 2012 y, el demandante reclamó ante la entidad el reconocimiento de la mesada el 24 de septiembre de 2020 (archivo 01, fls. 31 a 35), esto es, fuera del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y el 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, presentándose la demanda el 20 de noviembre de 2020 (archivo 01, fl. 117). En consecuencia, las mesadas causadas con anterioridad al 24 de septiembre de 2017 se encuentran prescritas, como acertadamente concluyó la primera instancia.

Indexación

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

Descuentos para salud

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

Retroactivo pensional

Dado que el retroactivo pensional continuará causándose, que las mesadas deben ser indexadas y se deben efectuar los descuentos para el sistema de salud, resulta inoficioso establecer un monto de retroactivo pensional, el cual deberá ser determinado por la entidad al momento de ingresar la novedad en la nómina de pensionados, para el efecto se tendrá como mesada pensional para cada año las siguientes:

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada
1/01/2010	31/12/2010		\$ 1.765.040,86
1/01/2011	31/12/2011	3,17%	\$ 1.820.992,66
1/01/2012	31/12/2012	3,73%	\$ 1.888.915,68
1/01/2013	31/12/2013	2,44%	\$ 1.935.005,22
1/01/2014	31/12/2014	1,94%	\$ 1.972.544,33
1/01/2015	31/12/2015	3,66%	\$ 2.044.739,45
1/01/2016	31/12/2016	6,77%	\$ 2.183.168,31
1/01/2017	31/12/2017	5,75%	\$ 2.308.700,49
1/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 2.403.126,34
1/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 2.479.545,75

1/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 2.573.768,49
1/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 2.615.206,16
1/01/2022	31/12/2022	5,62%	\$ 2.762.180,75
1/01/2023	31/12/2023	13,12%	\$ 3.124.578,87

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

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

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de marzo de 2022, únicamente en el sentido de indicar que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP deberá cancelar al demandante el retroactivo pensional correspondiente a las mesadas adicionales de junio causadas a partir del 24 de septiembre de 2017, las que deberán ser indexadas desde su causación hasta que se verifique el pago de la obligación; sumas sobre las cuales, la entidad se encuentra autorizada a deducir los aportes al sistema de seguridad social en salud del demandante. Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes valores:

2018	4,09%	\$ 2.403.126,34
2019	3,18%	\$ 2.479.545,75
2020	3,80%	\$ 2.573.768,49
2021	1,61%	\$ 2.615.206,16

2022	5,62%	\$ 2.762.180,75
2023	13,12%	\$ 3.124.578,87

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



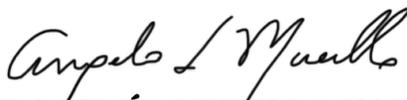
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 024 2020 00417 01
DEMANDANTE: BLANCA AMPARO AMOROCHO RODRIGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante dentro de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de abril de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare que es beneficiaria del régimen de transición, que cotizó 524 semanas para los riesgos de IVM, de las que tenía 508 al momento de cumplir los 55 años de edad, que fue inscrita al ISS el 16 de abril de 1993, y que tiene derecho a percibir una pensión de vejez. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de vejez en los términos del acuerdo 049 de 1990, debidamente indexada desde su causación, las mesadas adicionales de junio y diciembre, reajustes, intereses moratorios, indexación, costas y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 26 de agosto de 1958, cumpliendo los 55 años de edad el mismo día y mes de 2013 y, contando con más de 35 años de edad para el 1° de abril de 1994. Que no cuenta con ninguna prestación económica por parte de otras entidades. Afirma que trabajó al servicio de Hernán Mejía Forero del 16 de abril de

1993 al 31 de mayo de 1993, tiempo que no aparece registrado en la historia laboral expedida por Colpensiones; que cotizó como independiente entre el 1 de junio de 1996 al 31 de mayo de 1999, del 1 de enero de 2006 al 30 de abril de 2008 y del 1 de marzo de 2016 al 30 de junio de 2016; sin que se encuentre reflejado en su historia laboral el periodo del 1 de febrero al 31 de marzo de 1997 y, que trabajó al servicio de Aura María Rodríguez del 1 de marzo de 2003 al 31 de diciembre de 2005. Que cotizó para los riesgos de IVM un total de 524 semanas en toda su vida, teniendo 508 al momento de cumplir los 55 años de edad.

Indica que mediante Resolución GNR 402839 del 11 de diciembre de 2015, Colpensiones le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, reliquidada por Resolución No. SUB 150943 del 9 de agosto de 2017, en cuantía de \$7'269.893 con 516 semanas de cotización. A través de Resoluciones No. SUB 328952 de 2018 y SUB 32045 de 2019, le fue negada la pensión de vejez por no acreditar los requisitos del Acto Legislativo 01 de 2005 ni de la Ley 797 de 2003. El 27 de agosto de 2019 reclamó su pensión de vejez, en los términos del Acuerdo 049 de 1990, la cual fue negada por no registrar cotizaciones con anterioridad al 1 de abril de 1994, decisión contra la cual interpuso los recursos de reposición en subsidio apelación, resueltos confirmando la decisión inicial, quedando agotada la vía gubernativa. El 14 de agosto de 2020 solicitó la corrección de su historia laboral (Exp. digital, archivo 01, fls. 4 a 16).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora y, edad; los tiempos cotizados y los que no se registran en su historia laboral, las resoluciones de reconocimiento de indemnización sustitutiva, las que niega la prestación de vejez, los recursos interpuestos, su decisión negativa y, la solicitud de corrección de la historia laboral. Manifestó que los demás hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de presunción de legalidad de los actos jurídicos, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, prescripción, improcedencia de los intereses moratorios, compensación, expectativa legítima como garantía a proteger el régimen de transición, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la demandante no cumple con los requisitos establecidos para un reconocimiento pensional, no cuenta

con 1300, ni cumple con el régimen de transición, pues aunque tenía 35 años a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, es decir 1 de abril de 1994 (expediente digital, archivo 03 fls. 3 a 15).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 18 de abril de 2022, resolvió absolver a la demandada, declarar probada la excepción de cobro de lo no debido, e impuso costas a la demandante (documento 13).

Como sustento de su decisión, señaló que de la historia laboral de la demandante se obtiene un total de 529 semanas cotizadas, sin embargo solo alcanzó la edad de 55 años el 26 de agosto de 2013, perdiendo el régimen de transición, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005. Además, que no acreditó las semanas que echa de menos como trabajadora independiente, ni al servicio de Aura María Rodríguez.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala definir si la promotora del juicio es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por consiguiente, si Colpensiones está obligada a reconocer y pagar la pensión de vejez en aplicación al Acuerdo 049 de 1990.

Régimen de transición.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la prestación de quienes al momento de entrar en vigor el sistema tuvieran 35 o más años de edad, si son mujeres, o 40 o más años si son hombres, o 15 o más años de servicios, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Se observa que la demandante a 1º de abril de 1994 contaba 35 años, dado que nació el 26 de agosto de 1958 (exp. digital, archivo 01, fl. 138). De conformidad con el reporte de Colpensiones actualizado a 14 de mayo de 2021 (expediente administrativo, carpeta CC-41713333 HL), para el 1º de abril de 1994, Blanca Amparo Amorocho Rodríguez contaba con 0 semanas cotizadas; de suerte que en razón a la edad es beneficiaria de transición.

Ahora, no puede olvidarse que el párrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que dicho esquema transicional no puede extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción de aquellos trabajadores que pertenecientes a la transición, además, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigor de dicha enmienda constitucional, a los cuales se les mantendría esa prerrogativa hasta el 31 de diciembre de 2014.

De lo anterior, se concluye que la exigencia de 750 semanas cotizadas a la eficacia del Acto Legislativo 01 de 2005, es aplicable únicamente para aquellos afiliados que cumplen los requisitos exigidos para el reconocimiento de su pensión de vejez con posterioridad al 31 de julio de 2010.

En el presente caso, la accionante cumplió 55 años el 26 de agosto de 2013, completando un total de 516.86 semanas de cotización entre el 1 de junio de 1996 y el 30 de junio de 2016, teniendo que, de conformidad con lo anterior, el requisito de 750 semanas de cotizaciones a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, debe ser acreditado por la demandante para mantenerse como beneficiaria del régimen de transición, situación que en el sub lite, no ocurrió, por lo que en manera alguna

puede declararse que es beneficiaria del régimen de transición y concederle la prestación a la luz de una norma anterior a la Ley 100 de 1993.

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

En punto a la mora del empleador en el pago de cotizaciones al sistema pensional, la citada Corporación ha asentado que las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los empleadores, de suerte que, de omitirse dicha obligación, deben responder por el pago de la prestación a que haya lugar, según la norma aplicable. Ello es así, porque el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas (Artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y sentencias SL759-2018, que reiteró las decisiones CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 32384; CSJ SL907-2013, CSJ SL5429-2014, CSJ SL16814-2015, CSJ SL8082-2015, CSJ SL4818-2015, CSJ SL15718-2015, CSJ SL11627-2015, CSJ SL16814-2015, CSJ SL13266-2016, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL6469-2016, CSJ SL15980-2016, CSJ SL17488-2016, CSJ SL13877-2016, CSJ SL685-2016, CSJ SL3707-2016, CSJ SL4892-2016, CSJ SL5166-2016, CSJ SL685-2017, CSJ SL3707-2017, CSJ SL4892-2017 y CSJ SL5166-2017).

En esa línea de pensamiento, queda claro que, a efectos de contabilizar las semanas del afiliado y, por ende, verificar los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, y la forma de liquidarlo, deben tenerse en cuenta a más de las cotizaciones sufragadas oportunamente, las que se encuentran en mora, cuando hay ausencia de gestión de cobro por parte de la administradora a la que se encuentre vinculado.

Importa precisar que los efectos de la mora en el pago de los aportes son diferentes a los de la falta de afiliación al sistema de pensiones, dado que dichos fenómenos tienen causas distintas. En el primer evento, como se dijo, las administradoras tienen la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, mientras que, en la segunda hipótesis, la entidad de seguridad social debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el traslado de un cálculo actuarial o título pensional a cargo del empleador.

En el asunto de marras, en el escrito introductorio se informa que la historia laboral presenta inconsistencias y de manera concreta se enlistan los periodos entre los cuales la actora aduce que prestó servicios a los empleadores Hernán Mejía Forero del 16 de abril al 31 de mayo de 1993, y Aura María Rodríguez del 1º de marzo de 2003 al 31 de diciembre de 2005. Asimismo, que cotizó como independiente entre el 1º de junio de 1996 al 31 de mayo de 1999, del 1 de enero de 2006 al 30 de abril de 2008 y del 1 de marzo de 2016 al 30 de junio de 2016, sin que se encuentre reflejado en su historia laboral el periodo del 1 de febrero al 31 de marzo de 1997.

Pues bien, respecto del empleador Hernán Mejía Forero, en efecto en el reporte de semanas cotizadas del 21 de abril de 2008 (exp. digital, archivo 01, fl. 123) se observa la relación de novedades de ingreso a nombre de este empleador del 16 de abril al 31 de mayo de 1993, como periodo adeudado, por lo que al tener en cuenta dicho periodo, resulta en 46 días, esto es, 6,57 semanas de cotización; las que sumadas a las 516.86 reportadas, arroja un total de 523,43 semanas.

Al analizar los periodos alegados al servicio de Aura María Rodríguez, entre el 1º de marzo de 2003 y el 31 de diciembre de 2005, resultan iguales a los contenidos en el reporte allegado por Colpensiones actualizado a 14 de mayo de 2021 (expediente administrativo, carpeta CC-41713333 HL), por lo que ya fueron tenidas en cuenta.

Y respecto de los periodos que afirma haber cotizado como independiente, respecto del cual echa de menos en su historia laboral el

periodo comprendido entre el 1º de febrero al 31 de marzo de 1997, debe precisarse que no obra prueba en el expediente que demuestre que este periodo fue efectivamente cotizado por la accionante en calidad de independiente, como sería la planilla de autoliquidación de aportes para esas fechas, tal como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado.

Así las cosas, resulta evidente que la parte demandante no cumplió con el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, pues no demostró los hechos en que fundó sus pretensiones, dado que pese a solicitar una pensión de vejez como beneficiaria del régimen de transición, no acreditó el requisito de semanas cotizadas al 25 de julio de 2005, para que el beneficio se extendiera hasta el 31 de diciembre de 2014 y, pudiera estudiarse su prestación con la pretendida norma anterior.

Ahora, como quiera que la accionante no cuenta con 1.300 semanas cotizadas, tampoco es posible otorgar la pensión al amparo de la Ley 797 de 2003. En consecuencia la sentencia de primera instancia debe ser confirmada en su integridad.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta, ante su no causación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de abril de 2022 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

SEGUNDO: No se causan costas en el grado jurisdiccional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MÚRILLO VARÓN

Magistrada

024 2020 00417 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 26 2022 00111 01.
DEMANDANTE: JORGE ORLANDO ACEVEDO ATEHORTUA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de noviembre de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP AFP Porvenir S.A. y del cambio horizontal a Santander hoy Protección S.A. y válidamente afiliado a Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP Protección trasladar a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos, frutos e intereses causados en el RAIS. A esta última a aceptar dichos aportes y registrarlos como afiliado sin solución de continuidad. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 7 de mayo de 1965, se afilió al Instituto de Seguros Sociales en abril de 1986. Se trasladó a la AFP Porvenir S.A. en mayo de 1994 con la promesa de

pensionarse con un monto mayor y a una edad más temprana que en el Instituto de Seguros Sociales. Refirió que el asesor no le brindó información veraz y acorde con su situación personal que le permitiera tomar una decisión consiente sobre el régimen que más le convenía, no le elaboró proyección pensional, ni le informó sobre la posibilidad de retornar a prima media. Adujo que en igual defecto incurrieron los asesores de Santander, por tanto no recibió buen consejo de las administradoras. Señaló que Protección le informó que allí obtendría una mesada de \$908.526, entre tanto, en Colpensiones \$2.204.465. Finalmente, que las demandadas negaron la petición de retorno al régimen de prima media (expediente digital archivo 04 fls. 1 a 20).

Colpensiones se opuso al éxito de las súplicas. Aceptó la data de nacimiento del actor, la afiliación a prima media, las semanas allí cotizadas, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no le constan los restantes hechos. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y las demás declarables oficiosamente. Argumento que, desde la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, existe la libertad de elegir entre dos regímenes coexistentes, pero excluyentes y el demandante de manera voluntaria en uso de plena autonomía seleccionó el RAIS y ahora no puede retornar a prima media en razón de la edad, pues no cumple con los requisitos para hacerlo en cualquier tiempo (expediente digital, archivo 4 fls. 2 a 15).

La AFP Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Dijo 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 señaló que el traslado se dio de manera libre y espontánea, además el accionante ratificó su decisión de permanecer afiliado al RAIS por un largo periodo (expediente digital archivo 6 fls. 2 a 26).

La AFP Protección se opuso a la prosperidad de los pedimentos. Admitió la data de nacimiento del accionante, la solicitud de traslado a esa AFP, la proyección pensional y la diferencia que se genera en la mesada pensional. De los hechos restantes dijo que no son ciertos o no le constan. Para enervar las pretensiones propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y /o ineficacia de la obligación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y las demás declarables oficiosamente, en su defensa argumentó que ha actuado de buena fe y con apego a la norma. Adujo que el demandante exteriorizó su voluntad de pertenecer a esa AFP con la suscripción del formulario correspondiente (expediente digital archivo 8 fl 3 a 44).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 1 de noviembre de 2022 (expediente digital, archivo 24), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante Jorge Orlando Acevedo Atehortua, al régimen de ahorro individual a partir de mayo de 1994, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al Fondo de Pensiones Protección a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados, porcentajes de gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima conforme a se expuso en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR al Fondo de Pensiones Porvenir a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia así como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima en la forma señalada en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones para que acepte dicho traslado y contabilice para todos los efectos

pensionales las semanas cotizadas por el demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones Porvenir y Protección a razón del 50% a cargo de cada una, fijándose como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1'000.000).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP que gestionó el cambio omitió brindar ilustración completa y suficiente que le permitiera al demandante conocer las características de cada uno de los regímenes y así tomar la decisión que resultara más conveniente para sus intereses pensionales y la simple firma impuesta en el formulario no resulta suficiente para tener por demostrado el cumplimiento del deber de información, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

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

V. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones el actor se afilió al ISS el 14 de abril de 1986 (expediente administrativo,

documento 6). Migró al RAIS, administrado por Porvenir el 2 de mayo de 1994 (expediente digital, archivo 6 fl. 76).

HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE ESPONTANEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL ASI COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIEN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Luego, el 1 de mayo de 2001, se trasladó a ING y desde el 1 de abril de 2007 y en adelante se vinculó a Protección (archivo 8 fl 54).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que para la época del traslado un grupo de asesores de Porvenir llegaron a su empresa e informaron que el ISS desaparecería y que el fondo reconocería los aportes que ya habían realizado. Dijo que la charla fue individual y se extendió por aproximadamente 20 minutos. Adujo que no le explicaron las características del nuevo régimen. Negó haber efectuado aportes voluntarios y haberse acercado a las instalaciones de las AFP a solicitar algún tipo de información. Dijo que se trasladó a Santander porque era un fondo más sólido, tenía mayor respaldo económico para la época y porque le prometieron recuperar los aportes que tenía en el ISS.

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

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

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

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

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

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

CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se confirmara en este aparte, pero se adicionara para indicar que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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

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

No se causan costas en este grado jurisdiccional.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 1 de noviembre de 2022, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 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: ADICIONAR el numeral tercero de la decisión analizada en el sentido de indicar que al momento de cumplir la orden Porvenir S.A. deberá discriminar los conceptos con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

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

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta.

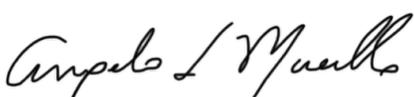
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto

026 2022 00111 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 029 2021 00112 01
DEMANDANTE: JAIRO ENRIQUE BERTEL TORRENTE
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de febrero de 2022. Igualmente, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, entidad de la cual es garante la Nación.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocerle la pensión de jubilación convencional, a partir del 17 de marzo de 2015, bajo los parámetros del artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social el 31 de octubre de 2001; liquidada teniendo una tasa de reemplazo equivalente al 100% del promedio de lo percibido en los 3 últimos años de servicio, incluyendo todos los factores de remuneración; debidamente indexada; las costas y agencias en derecho y, lo extra y ultra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó servicios al ISS por 20 años, 8 meses y 29 días, esto es 1.067 semanas, entre el 18 de marzo de 1992 y el 30 de noviembre de 2012, en calidad de trabajador

oficial. Nació el 17 de marzo de 1960 y cumplió los 55 años de edad, el mismo día y mes del año 2015. Expuso que en vigencia del vínculo laboral estuvo afiliado a Sintracreditario, por ende, es beneficiario de la convención colectiva 1998- 1999. Manifestó que entre la organización sindical Sintraseguridad Social y el Instituto de Seguros Sociales, se suscribió una convención colectiva de trabajo el 31 de octubre de 2001, con vigencia diferencial, estableciendo en su artículo 98 la pensión de jubilación, entre otros, para quienes se jubilaran entre el 1º de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2016; siendo su aplicación por virtud de estipulación expresa. Mediante Decreto 2013 de 2012 se ordenó la supresión y liquidación del ISS, facultando a la UGPP para reconocer las pensiones de los extrabajadores. Solicitó el reconocimiento de la pensión convencional, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 001, fls. 2 a 9).

Al dar respuesta a la demanda, la UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el periodo laborado con el ISS, la data de nacimiento del actor, la convención colectiva suscrita, el decreto de supresión del seguro social, la reclamación administrativa y la respuesta negativa. Manifestó no ser ciertos o no ser situaciones fácticas los restantes. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, compensación y las demás declarables de oficio. Argumentó que el Acto Legislativo 01 de 2005 impide el reconocimiento de la prestación reclamada, por cuanto el demandante al 31 de julio de 2010, no reunía el lleno de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, aunado a no tener 20 años de servicios como trabajador oficial (expediente digital, archivo 005, fls. 50 a 64).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 18 de febrero de 2022 (archivo 010), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la Unidad de Gestión de Pensión y Contribución Parafiscales de la Protección Social – UGPP, a reconocer al demandante Jairo Enrique Bertel Torrente, la pensión de jubilación convencional,

establecida en el artículo 98 de la convención colectiva suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social a partir del 17 de marzo de 2015 en cuantía inicial \$1.862.240 y por trece mesadas al año.

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta por la demandada, respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 23 de octubre de 2016.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar el retroactivo pensional causado a partir del 23 de octubre de 2016, el cual deberá ser indexado conforme al IPC certificado por el DANE al momento de su pago.

CUARTO: COSTAS a cargo de la parte demandada inclúyase como agencias en derecho la suma de \$1.000.000

QUINTO: en caso de no ser apelada la siguiente sentencia por parte de la demandada UGPP enviarla en consulta al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral.

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, al argumentar que el demandante no cumple con los requisitos con anterioridad al 31 de julio de 2010, por lo tanto, no es beneficiario de la convención colectiva, en tanto el acto legislativo 01 de 2005 eliminó del ordenamiento jurídico o concerniente a las pensiones convencionales. De otra parte, aduce que el actor no tiene los 20 años de servicio en calidad de trabajador oficial.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si el actor tiene de derecho al reconocimiento de pensión prevista en la convención colectiva suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y Sintraseguridad Social.

Se encuentra acreditado dentro del proceso que: **i)** el promotor del juicio prestó sus servicios personales al extinto Instituto de Seguros Sociales del 18 de marzo de 1982 al 30 de noviembre de 2012, desempeñándose como Técnico Administrativo, como consta con los certificados de tiempo de servicios, y de información laboral expedidos por el Ministerio de Salud y Protección Social (expediente administrativo, documento 1, fls. 3, 8 y 15 a 17); **ii)** nació el 17 de marzo de 1960, por lo que cumplió 55 años el mismo día y mes de 2015, según se verifica con la copia de cédula de ciudadanía (archivo 001, fl. 11) y; **iii)** era beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad social, conforme certificado de la asociación sindical (expediente digital, archivo 001, fl. 23)

El 23 de octubre de 2019, el señor Bertel Torrente solicitó a la accionada el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, pero, le fue negada mediante Resolución RDP 004081 de 13 de febrero de 2020, bajo el argumento que la prestación extralegal perdió vigencia el 31 de julio de 2010, con arreglo al Acto Legislativo 01 de 2005, data para la cual no había cumplido los requisitos de edad y tiempo (expediente administrativo, documento 1, fl. 24 a 26).

Pues bien, en relación con las pensiones convencionales, el Acto Legislativo N.º 01 de 2005 por el cual se reforma el artículo 48 de la Constitución Nacional, dispone en el tercer párrafo transitorio, que las reglas de carácter pensional que regían a la fecha de su vigencia contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrían por el término inicialmente estipulado. Y precisó que en los pactos, convenciones o laudos que se suscribieran entre la vigencia de dicho Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrían estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encontraran vigentes. En todo caso, dispuso que perderían vigencia el 31 de julio de 2010.

Así, el problema jurídico planteado en el presente asunto, consiste en determinar si la prestación jubilatoria contenida en la cláusula 98 de la Convención Colectiva de Trabajo, convenida entre el Instituto de Seguros Sociales y Sintraseguridadsocial en octubre de 2001, había perdido vigencia para el 17 de marzo de 2015, fecha en que el actor cumplió la edad de 55 años, y había superado los 20 años de labores al servicio del Instituto, para acceder al derecho, con arreglo a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

El precepto convencional en cita dispone:

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

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

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

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

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

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

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

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

Con arreglo al anterior precepto, para acceder a la referida pensión de jubilación, en el sub lite, el actor debía acreditar un tiempo de servicios de veinte (20) años o superior, continuos o discontinuos y, cincuenta y cinco (55) años de edad por ser hombre; lo que como se reseñó en precedencia, quedó acreditado en el presente caso para el 17 de marzo de 2015, fecha en que el actor alcanzó los 55 años.

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

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

Así lo ha explicado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al resolver casos de contornos similares al presente, frente a dicha cláusula convencional, puntualizando la procedencia del derecho a la pensión de jubilación, aun cuando se causa con posterioridad al 31 de julio de 2010, por cuanto de conformidad con el artículo 98 su vigencia se extiende hasta el año 2017. Así lo refirió en sentencia CSJ SL3635-2020, reiterada más recientemente en la CSJ SL2503-2022:

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

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

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

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

En esa línea de pensamiento, se advierte que en el presente asunto el promotor del juicio tiene derecho al reconocimiento de la prestación convencional implorada, al verificarse el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 98 de la CCT, para ostentar derecho a la pensión de jubilación, en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en los tres últimos años de servicio, como lo establece el numeral *ii*) de dicho precepto; pues como quedó visto, prestó sus servicios personales al extinto Instituto de Seguros Sociales del 18 de marzo de 1992 al 30 de noviembre de 2012, esto es, por más de 20 años y, cumplió los 55 años de edad el 17 de marzo de 2015.

Finalmente, cumple precisar que no es de recibo tampoco el reproche del recurrente en el sentido que no podía contársele como tiempo

de servicio el periodo laborado entre 1992 y 1997, por cuanto, en su decir, en ese periodo se desempeñó como empleado público, pues como lo advirtiera la Corte Suprema en la radicación traída acá a colación, es posible para efectos de completar los 20 años de servicio para la pensión de jubilación prevista en el artículo 98 convencional, la sumatoria del tiempo laborado en el ISS, incluso con el de otras entidades públicas, sin que se requiera que sea solo como trabajador oficial, porque el acuerdo colectivo no hace esa diferenciación; aunado a que de acuerdo con el CETIL obrante en el expediente, si bien se certifica por el periodo 18-03-1992 a 31-03-1997 como tipo de empleado público, lo cierto es que siempre ocupó el cargo de Técnico Administrativo, desde el inicio de la vinculación (expediente administrativo, documento 1, fl. 17)

(i) De la liquidación de la pensión

Con el expediente administrativo obrante en el documento 1, a folios y 5, fue allegado el documento de información de acumulados del ISS, que da cuenta de los factores salariales devengados por el actor durante los tres últimos años de servicio. Realizadas las operaciones aritméticas correspondientes, en aplicación de lo dispuesto en el numeral (ii) del artículo 98 de la norma convencional, es decir, con la inclusión de los factores de remuneración allí indicados (asignación básica mensual, primas de servicios y vacaciones, auxilio de alimentación y transporte), y certificados, se establece que el promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio, asciende a \$1'881.780, valor que correspondería a la mesada para el año 2015, esto es, una suma superior a la determinada por la jueza de conocimiento, que lo fue de \$1'.862.240, por lo que el fallo consultado será confirmado en este punto, dado que la parte accionante no interpuso recurso de apelación.

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

Como quiera que el promotor del juicio no está llamado a sufrir las consecuencias negativas de la depreciación del dinero por el paso del

tiempo, la demandada deberá cancelar debidamente indexadas las mesadas pensionales, desde que cada una de ellas se hizo exigible hasta que concurra con el pago de la obligación, como dispuso el juzgado.

(ii) De la prescripción

En el asunto bajo examen operó el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que el derecho se hizo exigible el 17 de marzo de 2015 y el demandante reclamó ante la entidad el reconocimiento de la prestación el 23 de octubre de 2019 (archivo 001, fls. 13 y 14), esto es, fuera del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y el 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, presentándose la demanda el 9 de marzo de 2021 (archivo 002). En consecuencia, las mesadas causadas con anterioridad al 23 de octubre de 2016 se encuentran prescritas, como acertadamente concluyó la primera instancia.

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

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

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de febrero de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con salvamento de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 032 2019 00743 01
DEMANDANTE: JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ VARGAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 de noviembre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y cumple los requisitos fijados por el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que le asiste el derecho a la pensión de vejez. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar la prestación aludida, a partir del 1º de noviembre de 2012, bajo el amparo del Acuerdo 049 de 1990 o de manera subsidiaria con la Ley 71 de 1988; por 14 mesadas anuales; el retroactivo pensional; intereses moratorios; lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 3 de agosto de 1946, por lo que cumplió los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2006. Que prestó sus servicios a varios empleadores así: **i)** el municipio de Sutatausa del 14 de marzo de 1964 al 30 de mayo de 1968, por 1517 días;

ii) Tapia C Campo E del 3 de julio de 1968 al 1 de febrero de 1969, por 214 días; **iii)** Central de Publicaciones Ltda, del 3 de febrero al 31 de julio de 1969, por 179 días; **iv)** Rápido el Carmen del 15 de noviembre al 31 de diciembre de 1969, por 47 días; **v)** Contraloría General de la República, del 16 de abril de 1970 al 10 de diciembre de 1982, por 4555 días; **vi)** Cámara de representantes del 8 de enero al 30 de enero de 1985 y, del 16 de mayo de 1985 al 9 de febrero de 1986, por 287 días; **vii)** Buses Rojos Ltda del 8 de febrero de 1993 al 30 de abril de 1994, por 443 días y, **viii)** como independiente cotizó del 1 de junio al 31 de octubre de 2012, por 150 días; cotizando en toda su vida laboral 7392 días, esto es, 1056 semanas. Que para el 1º de abril de 1994, ya había cotizado 1034 semanas, por lo que se encontraba cobijado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El 1º de septiembre de 2014 reclamó el reconocimiento y pago de la prestación de vejez, la cual fue negada, por cuanto se le desconoció el periodo cotizado por Buses Rojos Ltda. y, que en varias oportunidades informó la afiliación efectiva de este empleador (Expediente digitalizado, fl. 5 a 11).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento del actor, las cotizaciones efectuadas como independiente, el beneficio de régimen de transición, la reclamación de la pensión y, la respuesta negativa. Manifestó que los demás hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el demandante no cumple con el requisito de tiempo para acceder a la prestación bajo ninguno de los preceptos normativos pretendidos, sin que se pueda tener el periodo argüido bajo el empleador Buses Rojos Ltda, al no existir prueba de su afiliación (expediente digital, fls. 39 a 51).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 3 de noviembre de 2021, (archivo 15 CD), resolvió:

PRIMERO.- DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 30 de octubre de 2016 y no probadas las demás excepciones formuladas por la demandada, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- DECLARAR que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación de conformidad con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, a partir del 1 de noviembre de 2012, en una cuantía inicial de \$961.112, reconocimiento que se hará en 14 mesadas pensionales al año.

TERCERO.- CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a pagar al demandante José Ignacio Sánchez Vargas el retroactivo pensional causado entre el 1 de noviembre de 2016 y la fecha en que sea incluido en nómina de pensionados el demandante, retroactivo que calculado al 31 de octubre de 2021 asciende a la suma de \$50.634.200, sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad y hasta la inclusión en nómina. Se autoriza a la demandada a efectuar el descuento de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud que correspondan.

CUARTO.- CONDENAR a la demandada Colpensiones a pagar al demandante José Ignacio Sánchez Vargas intereses moratorios conforme el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre cada una de las mesadas adeudadas, intereses que correrán desde la fecha en que debieron cancelarse hasta el momento de su pago definitivo.

QUINTO.- CONDENAR en costas a la demandada y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a cuatro (04) smlmv.

SEXTO.- En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada Colpensiones, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que al ejercer su derecho de defensa y contradicción, la demandada no desconoció las pruebas allegadas por el demandante con las que acredita la relación laboral y la afiliación por parte del empleador Buses Rojos Ltda., dándoles pleno valor probatorio; por lo que al estar probada dicha relación laboral, corresponde a la administradora adelantar las gestiones de cobro.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, Colpensiones aduce que si bien no se tachó de falsa la solicitud de afiliación, ello no significa que se tuviera como cierta, pues se trata de un documento expedido por el Instituto de Seguros Sociales para que se radicara a fin de realizar las afiliaciones, al que se imponía el sello pertinente, sin que el documento allegado con la demanda cumpla con tales características; razón por la cual no se deben tener en cuenta los periodos alegados como en mora y omitidos por parte del ex empleador Buses Rojos Ltda., pues esa afiliación nunca existió. Al tratarse de una omisión en la afiliación y no mora, por parte de ese empleador, se afecta el equilibrio financiero del sistema. En su defecto, solicita se revoquen los intereses moratorios y las costas del proceso, porque no tenía la potestad de realizar ningún cobro al empleador al no existir afiliación.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

No fue discutido que el demandante prestó sus servicios y cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, así: **i)** al municipio de Sutatausa del 14 de marzo de 1964 al 30 de mayo de 1968, por 1517 días; **ii)** Tapia C Campo E del 3 de julio de 1968 al 1 de febrero de 1969, por 214 días; **iii)** Central de Publicaciones Ltda, del 3 de febrero al 31 de julio de 1969, por 179 días; **iv)** Rápido el Carmen del 15 de noviembre al 31 de diciembre de 1969, por 47 días; **v)** Contraloría General de la República, del 16 de abril de 1970 al 10 de diciembre de 1982, por 4555 días; **vi)** Cámara de representantes del 8 de enero al 30 de enero de 1985 y, del 16 de mayo de 1985 al 9 de febrero de 1986, por 287 días y; **vii)** como independiente, del 1 de junio al 31 de octubre de 2012, por 150 días. Para un total de 6949 días, equivalentes a 992 semanas de cotización en toda su vida

laboral. Así se infiere de la Resolución GNR 24250 del 3 de febrero de 2015, mediante la que Colpensiones le niega la pensión de vejez (exp. digitalizado, fls. 14 a 17).

Tampoco se discutió que el demandante nació el 3 de agosto de 1946 y cumplió los 60 años de edad, el mismo día y mes del año 2006; por lo que para el 01 de abril de 1994, contaba con 47 años de edad (cédula de ciudadanía, expediente administrativo, archivo 23); y acreditaba más de 750 semanas efectivamente cotizadas al 25 de julio de 2005, sin que hubiera consolidado su derecho pensional, siendo por ello, beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Acto Legislativo 01 de 2005.

De conformidad con lo anterior, corresponde a la Sala definir si el promotor del juicio tiene derecho a que se le incluyan las semanas laboradas para Buses Rojos Ltda., entre el 8 de febrero de 1993 y el 30 de abril de 1994 y, en consecuencia, si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 o de la Ley 71 de 1988.

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

En punto a la mora del empleador en el pago de cotizaciones al sistema pensional, la citada Corporación ha asentado que las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los empleadores, de suerte que, de omitirse dicha obligación, deben responder por el pago de la prestación a que haya lugar, según la norma aplicable. Ello es así, porque el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro,

además de contemplar en su favor, intereses o multas (Artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y sentencias SL759-2018, que reiteró las decisiones CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 32384; CSJ SL907-2013, CSJ SL5429-2014, CSJ SL16814-2015, CSJ SL8082-2015, CSJ SL4818-2015, CSJ SL15718-2015, CSJ SL11627-2015, CSJ SL16814-2015, CSJ SL13266-2016, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL6469-2016, CSJ SL15980-2016, CSJ SL17488-2016, CSJ SL13877-2016, CSJ SL685-2016, CSJ SL3707-2016, CSJ SL4892-2016, CSJ SL5166-2016, CSJ SL685-2017, CSJ SL3707-2017, CSJ SL4892-2017 y CSJ SL5166-2017).

En esa línea de pensamiento, queda claro que, a efectos de contabilizar las semanas del afiliado y, por ende, verificar los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, y la forma de liquidarlo, deben tenerse en cuenta a más de las cotizaciones sufragadas oportunamente, las que se encuentran en mora, cuando hay ausencia de gestión de cobro por parte de la administradora a la que se encuentre vinculado.

Importa precisar que los efectos de la mora en el pago de los aportes son diferentes a los de la falta de afiliación al sistema de pensiones, dado que dichos fenómenos tienen causas distintas. En el primer evento, como se dijo, las administradoras tienen la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, mientras que, en la segunda hipótesis, la entidad de seguridad social debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el traslado de un cálculo actuarial o título pensional a cargo del empleador.

En el asunto de marras, en el escrito introductorio se informa que la historia laboral presenta inconsistencias y de manera concreta se enlistan los periodos entre los cuales el actor prestó servicios al empleador Buses Rojos Ltda., entre el 8 de febrero de 1993 y el 30 de abril de 1994, por un total de 443 días. Y para demostrar su vinculación, allega certificación laboral emitida por el Jefe de Talento Humano de la empresa el 16 de octubre de 2019, copia parcial del contrato de trabajo suscrito, liquidación final de prestaciones sociales (fls. 28, 30 y 32 del expediente digitalizado).

No obstante, el empleador no reportó la novedad de ingreso del trabajador, pues aunque se allega copia del aviso de entrada del trabajador (expediente digitalizado, fl. 31), dicho documento no cuenta con sello de radicado en la entidad administradora de pensiones, o recibido alguno, razón por la cual, no puede dársele valor probatorio, ni ser oponible a la demandada, como erradamente lo consideró el juez de primera instancia, máxime si se tiene en cuenta que, pese a no haberse manifestado por la demandada desde su contestación, de manera expresa una tacha del documento, si lo desconoció al indicar que *“se aportó un formulario de afiliación, se debe decir que el mismo no es muy legible y no obra tampoco el sello de recibido el ISS (sic)”* (expe. Digitalizado, fl. 47).

Así las cosas, no es posible a efectos de computar el número de semanas cotizadas tomar el periodo comprendido entre el 8 de febrero de 1993 y el 30 de abril de 1994, pues aunque se allegó el formulario de aviso de entrada del trabajador, no existe prueba de su radicación ante el ISS, por lo que el empleador no reportó el inicio de la relación laboral y en consecuencia Colpensiones no estaba llamada a desplegar acción de cobro alguna.

Importa destacar, que estas cotizaciones podrían cubrirse con el cálculo actuarial a cargo del empleador que omitió informar oportunamente el inicio de la relación y hacer los aportes correspondientes; empero tal asunto no es materia de este proceso y en todo caso el empleador no fue vinculado, lo que impide impartir condena alguna en su contra aun tratándose de un derecho mínimo e irrenunciable del trabajador. Además porque Colpensiones en tratándose de pensiones financiadas con cálculo actuarial solamente está obligada a reconocer y pagar la pensión cuando recibe a satisfacción el pago correspondiente.

De lo expuesto, resulta evidente que la parte demandante no cumplió con el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, pues no demostró los hechos en que fundó sus pretensiones, dado que pese a solicitar una pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición,

no acreditó el requisito mínimo de semanas cotizadas para obtener el beneficio.

Bajo los anteriores presupuestos, como quiera que el accionante solo acredita un total de 6.949 días, equivalentes a 992 semanas de cotización en toda su vida laboral, no es posible otorgar la pensión de vejez pretendida, al amparo de ninguna normatividad pues no reúne los condicionamientos previstos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. En consecuencia la sentencia de primera instancia debe ser revocada para en su lugar absolver a Colpensiones de las pretensiones elevadas en su contra.

No se causan costas en el grado de consulta ni en la instancia. Las de primera estarán a cargo del demandante.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 3 de noviembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, para en su lugar absolver a Colpensiones de las pretensiones elevadas en su contra.

SEGUNDO: Sin costas en el grado de consulta ni en la apelación. Las de primera estarán a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
032 2019 00743 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 032 2021 00149 01.
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE VARGAS JIMÉNEZ.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A. Y PALMAS MONTERREY S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de febrero de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante convocó a juicio a las accionadas para que se declare la existencia de una relación laboral con la empresa demandada, sin que se le realizaran los aportes a pensión del 8 de junio de 1984 al 19 de mayo de 1986; en consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a realizar el cálculo actuarial por ese periodo y, a Palmas Monterrey S.A. a pagar a la administradora la suma correspondiente; se condene a lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que existió un contrato de trabajo con la empresa Palmas Monterrey S.A., el cual inició el 8 de junio de 1984 y terminó el 31 de mayo de 2006 y, que la empresa lo afilió a pensión el 19 de mayo de 1986 (Exp. digitalizado, archivo 01 fls. 2 a 4).

Al dar respuesta, Porvenir manifestó no oponerse ni aceptar las pretensiones referentes a la empresa convocada, ni al cálculo actuarial y,

oponerse a las dirigidas a obtener derechos extra y ultra petita y, costas. En cuanto a los hechos, indicó que no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación pretendida en la demanda en cabeza de Porvenir, inexistencia de aportes en la cuenta de ahorro cargo del actor, cumplimiento de las obligaciones por parte de la AFP Porvenir, falta de legitimación por pasiva, cobro de lo no debido y buena fe. En su defensa manifestó que para la fecha de los hechos y pretensiones de la demanda (1984-1986), esta AFP no había nacido a la vida jurídica, que el actor se vinculó con el RAIS en el mes de enero de 2000, por lo que no se encuentra obligada al cobro de valor alguno por concepto de aportes de pensiones al empleador del actor y menos de los periodos objeto del proceso, fecha en la que no estaba afiliado (expediente digitalizado 06, fls. 2 a 7).

Por su parte, Palmas Monterrey S.A. rechazó las pretensiones, salva la dirigida a la declaración del vínculo contractual. Admitió la totalidad de los hechos. Propuso la excepción previa de no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios y, de mérito las que denominó: pago de aportes a pensión por omisión legislativa – principio de equidad, sobre la carencia de responsabilidad por parte de Palmas Monterrey, inoperancia de la subrogación de pensión, imposibilidad de afiliación y aportes retroactivos al sistema, cobro de lo no debido, buena fe, la relevancia del balance jurisprudencial, allanamiento a la mora por parte de Porvenir y el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, prescripción, compensación y, las declarables de oficio. En lo fundamental manifestó que la subrogación por parte del seguro social en la asunción de riesgos laborales como la jubilación del trabajador, fue de manera paulatina, y en el caso de esta empresa que tiene su operación en el Municipio de Puerto Wilches, solamente estaba obligada a afiliar a los trabajadores al ISS hasta el año 1987, pues con anterioridad se encontraba en imposibilidad legal de realizar la afiliación y pago de aportes al sistema, de conformidad con 3041 de 1966. Asimismo, arguye que, en el caso de una eventual condena, debe realizarse el correspondiente descuento a cargo del trabajador (expediente digital, archivo 08, fls. 2 a 14).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de febrero de 2022 (archivo 18), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO. DECLARAR que entre el demandante JORGE ENRIQUE VARGAS JIMÉNEZ y la demandada PALMAS MONTERREY SAS existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 08 de junio de 1984 y el 31 de enero de 2006, respecto del cual el empleador no efectuó cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales para la cobertura de los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte durante el periodo comprendido entre el 8 de junio de 1984 y el 18 de mayo de 1986.

TERCERO. CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a elaborar el cálculo actuarial en favor de su afiliado JORGE ENRIQUE VARGAS JIMÉNEZ por el periodo laborado entre el 8 de junio de 1984 y el 18 de mayo de 1986 teniendo como salario el equivalente al mínimo legal mensual vigente de cada anualidad.

CUARTO.- CONDENAR a la demandada PALMAS MONTERREY SAS a cancelar el cálculo actuarial que para el efecto elabore PORVENIR S.A. conforme lo señalado en el numeral tercero de esta providencia.

QUINTO.- CONDENAR en costas a la demandada PALMAS MONTERREY SAS y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smlmv. Sin costas respecto de PORVENIR S.A.

Como sustento de su decisión, señaló que aun cuando la cobertura del Instituto de Seguros Sociales en el municipio de Puerto Wilches solo inició mediante Decreto 1617 del 24 de julio de 1987, en criterio jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el empleador debe responder por las obligaciones pensionales, incluso ante la falta de cobertura del ISS.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la empresa demandada interpuso recurso de apelación argumentando, que no estaba obligada a cotizar por los trabajadores por periodos anteriores al momento en que el Instituto de

Seguros Sociales asumiera los riesgos de invalidez, vejez y muerte, sin que se hubiera hecho un llamamiento para que se realizaran estas cotizaciones. Asimismo, que por principio de equidad se ha dicho que no es procedente que trabajador y empleador asuman en su totalidad las consecuencias de una no reglamentación de estos escenarios, por lo que el trabajador debe concurrir con el pago de la porción de cotización a su cargo.

IV. CONSIDERACIONES

No es materia de discusión en esta instancia, que entre el demandante y la empresa Palmas Monterrey S.A., existió una relación laboral vigente entre el 8 de junio de 1984 y el 31 de enero de 2006; así fue aceptado por la empresa accionada, además, de ser demostrado en el plenario con la constancia laboral del 30 de enero de 1998 (expediente digital, archivo 01, fl. 8) así como la renuncia del actor (fl. 10 *ibídem*).

Así, de conformidad a lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, la Colegiatura abordará el estudio del recurso para definir si en el presente asunto hay lugar al pago del cálculo actuarial por los aportes a seguridad social en pensiones, causados durante la relación laboral.

Aportes a seguridad social.

Argumenta la demandada, que la obligación de afiliar a sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales, empezó el 24 de agosto de 1987, por cuanto su centro de operaciones y lugar de prestación del servicio del actor, es el Municipio de Puerto Wilches, es decir, en una fecha posterior al periodo en que inició la relación laboral con el demandante, por lo que no incurrió en omisión alguna.

En relación con el reconocimiento de los tiempos en que los trabajadores estuvieron vinculados laboralmente, pero sus empleadores no tenían la obligación de cotizar al Instituto de Seguros Sociales, porque este no había iniciado su cobertura, ha sido enfática la postura de la Corte

Suprema de Justicia, en el sentido de indicar que existe la obligación para los empleadores en realizar los aportes a pensión de sus trabajadores. Así lo explicó entre otras, en sentencia SL522-2020 del 17 de febrero de 2020, Radicación 70615, cuando señaló:

“Ahora, sobre las obligaciones pensionales de los empleadores, derivadas del tiempo de servicio prestado sin cobertura por parte del Instituto de Seguros Sociales, se ha adoctrinado por la Sala, que los mismos tienen a su cargo el cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, entre otras en la sentencia CSJ SL17300-2014, que fue reiterada en la sentencia CSJ SL5535-2018, en los siguientes términos:

Sin embargo, a juicio de esta Corte el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no traduce, como lo afirma la empresa, en la total ausencia de responsabilidades ni obligaciones por los períodos efectivamente trabajados por el empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la exégesis del 1613 del Código Civil, porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

El artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer (...); de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al empleador de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo, relacionadas con las prestaciones del trabajador.

En efecto, el concepto de que no existía norma reguladora del pago de las cotizaciones en cabeza del patrono en el período en que no existió cobertura del I.S.S., equivale a trasladar al trabajador las consecuencias de la orfandad legislativa de la época, solución que no se compadece con el contexto de un ordenamiento jurídico que parte de reconocer un desequilibrio en la relación contractual laboral, en tanto esos períodos no cotizados tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional y en todo caso propiciaría un enriquecimiento sin causa al permitir un desequilibrio patrimonial, que carece de justificación.

Desde luego, el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, antes que existir aquel postulado, lo que se propicia es que quede desprovisto de la atención plena e integral, que se le debe por el trabajo desarrollado.

Estima la Sala que, si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de la contingencia, ésta sólo cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser desconocido; menos puede imponérsele al trabajador una carga que afecte su derecho a la pensión, sea porque se desconocieron esos períodos, ora porque el tránsito legislativo en vez de garantizarle el acceso a la prestación, como se lo propuso el nuevo esquema, se le frustró ese mismo derecho.

El patrono, por tanto, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los tiempos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento puede considerarse liberado de la carga que le correspondía.

Por demás, la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede tener tan drástica repercusión frente a derechos sociales y, si bien podría oponerse la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los

mandatos del legislador, principios y valores de orden superior deben prevalecer en casos como el presente.

(...)”

De conformidad con el anterior criterio, aunque la empresa demandada solamente se vio obligada a realizar la afiliación de sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales a partir del 24 de agosto de 1987, teniendo en cuenta que el instituto aprobó la extensión de cobertura para el cubrimiento de los riesgos de IVM en Puerto Wilches, mediante Decreto 1617 de 1987, lo cierto es que ello no la exoneró de la obligación de responder por los periodos en que el demandante efectivamente trabajó a su servicio, pues ello iría en detrimento del derecho a la seguridad social en pensiones del trabajador.

En el sub examine, el demandante prestó sus servicios para la compañía Palmas Monterrey S.A., desde el 8 de junio de 1984, fecha para la cual no existía la obligatoriedad de afiliación al extinto Instituto de Seguros Sociales en el municipio de Puerto Wilches, Santander, la que solo inició a partir del 24 de agosto de 1987, teniendo que el accionante fue afiliado desde el 20 de mayo de 1986 (Exp. Digital, archivo 08, fl. 31).

Sin embargo, la Ley 90 de 1946 dispuso la obligación de efectuar la provisión de capital necesario para el cumplimiento de los aportes al extinto Instituto de Seguros Sociales en los casos en los que la entidad asumiera la obligación pensional (artículos 72 y 76), razón por la cual, pese a que el llamado de afiliación a la seguridad social se hizo de manera paulatina y en el presente asunto acaeció hasta el 24 de agosto de 1987, la obligación no quedó condicionada en el tiempo, pues lo único que se prorrogó fue la transferencia de las cotizaciones al ISS, por lo que no puede el empleador sustraerse de efectuar los aportes correspondientes, imponiéndose la obligación de pagar el cálculo actuarial para el periodo en el que no se había subrogado al ISS.

Así las cosas, aun cuando el llamado a inscripción de la compañía demandada se hizo solo hasta el 24 de agosto de 1987, con anterioridad debía hacer partidas de capital para sufragar los aportes en pensiones de sus trabajadores y con ello garantizar su derecho a la seguridad social;

razón por la cual, deberá responder por los aportes a seguridad social de quien fuera su trabajador por la totalidad del tiempo en que duró el vínculo, esto es, desde el 8 de junio de 1984 y, hasta cuando fue efectivamente afiliado, 20 de mayo de 1986; tal como lo encontró el a quo.

De otra parte, argumenta la recurrente que únicamente debe responder por el porcentaje de la cotización que como empleador tenía a su cargo y así debe ser efectuado el cálculo actuarial.

Estima la Sala que la alegación se encuentra infundada, como quiera que, durante el periodo de no afiliación por falta de cobertura, estaba totalmente a cargo del empleador el riesgo pensional, siendo entonces su único responsable. Así, es el empleador quien debe asumir la totalidad del título pensional durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura y por tal motivo no resulta procedente que el valor del título pensional sea ordenado de forma compartida con el extrabajador, en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales (Sentencia SL1579 del 4 de mayo de 2022, reiterada en la SL4292 del 23 de noviembre de 2022).

Finalmente, no hay lugar a absolver a la demandada Palmas Monterrey 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, la compañía resultó derrotada. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto le ordenó a esta demandada a pagar las costas del proceso.

En este sentido, se confirmará la sentencia de primera instancia en su integridad.

No se causan costas en esta instancia.

DECISIÓN

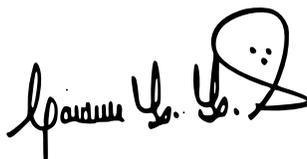
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, el 23 de febrero de 2022.

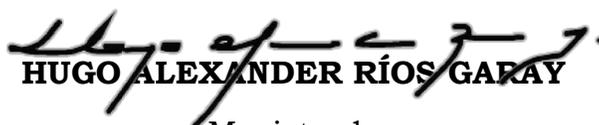
SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



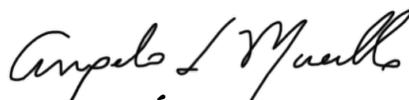
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 032 2021 00343 01
DEMANDANTE: MARÍA DEL ROSARIO GUERRA DE LA ESPRIELLA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de febrero de 2023. 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, efectuado el 28 de septiembre de 1994 a través de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a las demandadas, el traslado a Colpensiones de todos los aportes recibidos por su afiliación, junto con los rendimientos y gastos de administración. Asimismo, se ordene a Colpensiones a recibirla como afiliada, sin solución de continuidad; y, se condene a las demandadas al pago de costas, agencias en derecho y lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 15 de octubre de 1961; inició sus cotizaciones al seguro social, el 10 de julio de 1982. Prestó sus servicios como funcionaria pública en diferentes entidades

oficiales encontrándose afiliada a Cajanal. El 28 de septiembre de 1994, se trasladó a la AFP Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A., registrando 283.4 semanas en entidades públicas y en el RAIS 1.211 semanas, para un total de 1494 semanas. Actualmente es cotizante activa de la AFP. Aduce que la asesoría brindada en el momento del traslado, no fue lo suficientemente clara y completa, en relación de las ventajas, desventajas y diferencias entre regímenes; no le explicaron las implicaciones del cambio y, el tener impreso el formulario no implica que se le haya brindado la asesoría requerida. Insiste en que no tuvo información completa, comprensible y objetiva y, que, si hubiera tenido una real asesoría, no se hubiera trasladado al RAIS, pues su mesada pensional resultaría mejor en el RPMPD. El 10 de febrero de 2021, solicitó a las demandadas la ineficacia o nulidad de su traslado, obteniendo respuestas negativas. No recibe pensión. Solicitó a Colpensiones copia de los documentos que allí reposan (expediente digital, archivo 01 fls. 2 a 23).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, las cotizaciones al ISS, su estado de cotizante activa en la AFP, y la solicitud de nulidad del traslado, resuelta de manera negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, improcedencia de la declaración de nulidad de traslado de pensionados, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del

sistema y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 09 fls. 2 a 48).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la consolidación de la historia laboral, la solicitud de nulidad de traslado, su respuesta negativa y, que la demandante no recibe pensión. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido; además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 06 fls. 2 a 32).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 13 de febrero de 2023 (expediente digital, archivo 18), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante MARÍA DEL ROSARIO GUERRA DE LA ESPRIELLA a través de la AFP COLPATRIA, hoy en día PORVENIR S.A., de fecha 28 de septiembre de 1994.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la DEMANDANTE ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos.

CUARTO.- ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante MARÍA DEL ROSARIO GUERRA DE LA ESPRIELLA como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

QUINTO.- CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES.

SEXTO.- En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remitase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara y suficiente que le permitiera tomar una decisión informada sobre el cambio de régimen pensional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones manifestó que a la accionante no le asiste derecho a retornar al régimen de prima media, al tener menos de 10 años para adquirir la categoría pensional, como tampoco es beneficiaria del régimen de transición para poder trasladarse en cualquier tiempo; por lo que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

La AFP Porvenir S.A. indica que se otorgó una asesoría informada de acuerdo a la normatividad de la época, además resaltó el deber de información de la demandante. Se opone a la condena por traslados de gastos de administración y seguros provisionales de forma indexada, por cuanto no corresponden a dineros destinados a financiar la pensión de la demandante en caso que se hubiere pensionado con Porvenir y, se trata de sumas sobre las que no ha tenido administración desde hace más de 20 años; la indexación resulta improcedente, bajo el entendido que las administradoras han generado rendimientos que incrementaron el saldo de la cuenta de ahorro individual.

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

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 10 de julio de 1982 (expediente digital, archivo 01 fl. 54), y migró al RAIS el 28 de septiembre de 1994, a través de la AFP Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, archivo 01 fl. 55).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se trasladó a Colpatria en 1994, cuando unos asesores le solicitaron a la entidad donde trabajaba que les permitiera explicarles a los trabajadores en qué consistía el fondo para trasladarse, y decidió trasladarse a Colpatria porque estaba afiliada en salud con ellos; recuerda que le hicieron énfasis en los beneficios del ahorro individual para tener un ingreso indicándole que era más favorable. No recuerda más detalles. Su afiliación fue libre y voluntaria. En el formulario se incluía los beneficiarios. Quiere trasladarse a Colpensiones porque en Porvenir le indicaron que el monto que obtendría como pensión era muy inferior al que recuerda que le dijeron al momento de su traslado, hizo las averiguaciones y se dio cuenta que el ingreso en el RPM sería superior. Hizo ingresos voluntarios porque en su último trabajo le dijeron que eso mejoraría su mesada. Afirma que si le hubieran hecho una proyección en su debido momento no se hubiera trasladado. Ha recibido extractos de Porvenir, pero allí nunca decía cuánto recibiría al pensionarse. No buscó trasladarse antes porque nunca tuvo conocimiento de la proyección de su mesada. No recuerda que le hayan indicado sobre diferencias u otros detalles en el momento de la asesoría, solo que le indicaron que entre más ahorrara mayor sería su mesada.

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

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

En consecuencia, resulta evidente que la 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.

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

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

solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

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

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de febrero de 2023, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas 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 vinculada a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto

032 2021 00343 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 032 2021 00645 01
DEMANDANTE: JESÚS ANTONIO FUENTES RINCÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de febrero de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de Colfondos S.A. y posteriormente a Porvenir S.A. En consecuencia, se ordenó a las demandadas, el traslado a Colpensiones de la totalidad de las semanas cotizadas, con sus respectivos rendimientos financieros y, gastos de administración, de manera indexada; y, se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al seguro social del 15 de julio de 1981 al 28 de febrero de 1994, con algunas intermitencias, por un total de 250.2 semanas. En junio de 1998, sin que se le diera la suficiente información sobre las consecuencias que le

generaría el cambio del régimen, se trasladó a la AFP Colfondos, por un total de 56.1 semanas. No se le otorgó la doble asesoría que ha exigido la ley para efectos del traslado de fondo de pensiones, lo que incidió negativamente en sus decisiones. En noviembre de 2005, intentó trasladarse nuevamente a Colpensiones, pero no fue posible por contar con 50 años de edad, por lo que se trasladó a PORVENIR S.A., por sugerencia de su empleador, sin que se le informara detalladamente las consecuencias de estar en el RAIS, cotizando allí hasta ahora, 795 semanas. Ha consolidado un total de 1101 semanas. El 21 de octubre presentó reclamación ante Colpensiones, sin obtener respuesta. Aduce que su traslado estuvo viciado al no haberse suministrado información suficiente y por tal motivo, es ineficaz (expediente digital, archivo 01 fls. 2 a 15).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación y cotizaciones al ISS y, manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló la excepción previa de FALTA DE COMPETENCIA POR INDEBIDO AGOTAMIENTO DE LA RECLAMACION ADMINISTRATIVA ANTE COLPENSIONES, y las de mérito las que denominó: inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 06 fls. 2 a 30).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó el total de cotizaciones efectuadas por el actor y, manifestó

no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido; además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 05 fls. 2 a 26).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y las declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea del demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, el actor no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, carpeta 10 fls. 2 a 23).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 7 de febrero de 2023 (expediente digital, archivo 19), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante JESÚS ANTONIO FUENTES RINCÓN a través de COLFONDOS S.A., de fecha 02 de junio de 1994, así como su posterior traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los

gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el DEMANDANTE estuvo afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por COLFONDOS S.A. con cargo a sus propios recursos.

CUARTO.- CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el DEMANDANTE ha estado afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos.

QUINTO.- ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante JESÚS ANTONIO FUENTES RINCÓN como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO.- CONDENAR en costas a la demandada COLFONDOS S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

SÉPTIMO.- En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remitase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara y suficiente que le permitiera tomar una decisión informada sobre el cambio de régimen pensional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones manifestó que a la accionante no le asiste derecho a retornar al régimen de prima media, al tener menos de 10 años para adquirir la categoría pensional, como tampoco es beneficiaria del régimen de transición para poder trasladarse en cualquier tiempo; por lo que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

La AFP Porvenir S.A. solicita se revoque la condena en atención a que el traslado es completamente válido, ya que precedido de la debida información o asesoría, y lo fue de manera libre y voluntaria, sin presión o apremio y, que el formulario de afiliación suscrito con Colfondos es un medio probatorio. Se opuso a la condena por traslados de gastos de administración y seguros previsionales de forma indexada, por cuanto no

corresponden a dineros destinados a financiar la pensión de la demandante en caso que se hubiere pensionado con Porvenir, correspondiendo a sumas pro su debida gestión. Así mismo las sumas por concepto de prima de seguro previsional, por cuanto ya estas no se encuentran en su poder, sino en poder de la compañía aseguradora que se contrató para poder cubrir o financiar las prestaciones que por mandato legal así lo requerían; y en lo referente a la indexación, afirma que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 4 de abril de 1986 (expediente administrativo, archivo 03), y migró al RAIS, el 2 de junio de 1994 a través de la AFP Colfondos, mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, archivo 10 fl. 25); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Porvenir, a partir del 26 de octubre de 2005 (expediente digital, documento 05, fl. 27).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que a Colfondos se afilió cuando trabajaba en Villavicencio, porque llegaron

asesores a la empresa y le hicieron publicidad al fondo, y todos se pasaron, les dijeron que allí tendrían mejor pensión, que podrían pensionarse antes, pero nunca les hicieron una proyección de la mesada, ni las diferencias que había con Colpensiones que no realizó aportes voluntarios, que nunca realizó queja, no ha solicitado prestación alguna con Colfondos. Que su traslado a Porvenir fue como en el 2005, después de un tiempo de no haber cotizado y que se vinculó a una compañía y le dijeron que se afiliara a eso y dijo que bueno. No recibió asesoría solo los documentos que le entregaron para hacer la afiliación. Se afilio de manera libre y voluntaria, leyó el formulario, se le explicó que sus ahorros iban a un fondo de ahorros, sabe que estos generan rendimientos. No le explicaron condiciones. Estuvo en un tiempo haciendo ahorros voluntarios, su traslado a porvenir, fue porque cuando entró a trabajar luego e un tiempo de no estar trabajando todos estaban afiliados a porvenir y por eso se afilió allí. No ha presentado queja o reclamo. Conoce que los ahorros pueden ser heredados en determinado caso. Quiere volver a Colpensiones porque ya cumplió la edad de pensión y sabe que en el fondo privado solo tendría un salario mínimo y quiere un mayor bienestar en su futuro.

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

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

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

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora a la que se encuentra actualmente afiliado el accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021),

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

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

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

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

con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de febrero de 2023, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, 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 el demandante estuvo vinculado a este fondo. Al

momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CÉGILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto
032 2021 00645 01