



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 038 2021 00108 01
DEMANDANTE: LUZ ANGELA SANCHEZ VARGAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS
S.A.
**LLAMADA EN
GARANTÍA:** MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Skandia S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de enero de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se ordené a la AFP Skandia S.A. a trasladar los aportes realizados, así como los rendimientos y demás sumas causadas a Colpensiones y, a ésta, a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas en el RAIS. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita* y, las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 11 de octubre de 1966. Se afilió al sistema general de pensiones ISS, hoy Colpensiones

en enero de 1994. En octubre de 1997 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Colfondos S.A. Aduce que no fue asesorada e informada por la AFP de manera completa, clara, verás, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas, beneficios, desventajas o inconvenientes y, en general, las implicaciones y consecuencias sobre derechos pensionales. Posteriormente se trasladó a la AFP Skandia, en junio de 2010. La actora acredita 1.307 semanas. De conformidad con la liquidación elaborada en el RAIS devengaría una mesada de \$2.169.024. Solicitó a las demandadas la nulidad o ineficacia de su traslado, obteniendo respuesta negativa (expediente digitalizado, carpeta 1, archivo 01, fls. 1 a 19).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS, el traslado al RAIS y la radicación de la petición. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la afiliación de la demandante al RAIS, se realizó con plena voluntad, suscribiendo los formularios para efectuarlo, voluntad que se vio ratificada por más de 25 años en que ha realizado cotizaciones a ese régimen; la accionante está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. Aduce que sobre la afiliada también recaía su deber de información (expediente digital, carpeta 1, archivo 6 fls. 27 a 41).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Frente a los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un

tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos 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 de la demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, la actora no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, carpeta 1, archivo 7, fls. 3 a 20).

Skandia S.A., al contestar la demanda se opuso al éxito de las aspiraciones. De los hechos admitió la data de nacimiento de la demandante, las semanas de cotización, la petición elevada con su respectiva respuesta; respecto a los demás hechos manifiesta no constarle. Propuso las excepciones que denominó: actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y las demás declarables de oficio. En su defensa alegó que la demandante no acreditó los fundamentos fácticos para obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación; aduce haber cumplido el deber de información a cargo de los Fondos de Pensiones y, que la demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado en atención a la edad, sin que sea beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, carpeta 1, archivo 9, fls. 92 a 109).

Finalmente, llamó en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. en virtud de los contratos de seguro previsional vigentes entre 2010 a 2018 (expediente digital, carpeta 1, archivo 9, fls. 1 a 5); quien al contestar la demanda inicial rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que los hechos no le constan. Propuso las excepciones que denominó: *i) «El acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o*

determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas», **ii)** «inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”», **iii)** prescripción de la acción de nulidad, **iv)** «legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional» y, **v)** las demás declarables oficiosamente. Como fundamentos de defensa indicó que es evidente que la manifestación del consentimiento de la demandante, a través del acto jurídico de afiliación como expresión de la autonomía de voluntad, estuvo precedido de libertad e información, exenta de error o de inducción indebida, con una consecuencia jurídico material inobjetable.

Al dar respuesta al llamamiento en garantía, se opuso al mismo. Admitió la presentación de la demanda ordinaria, la suscripción del contrato de seguro previsional, su vigencia y, los pagos correspondientes a las primas de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes. Propuso las excepciones que denominó: **i)** «“Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”, Frente a la acción material ejercida por la parte demandante, carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.”», **ii)** «“Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.” no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de la prima, ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados», **iii)** «A “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.” no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante “Skandia Administradora de Pensiones y Cesantías S.A.” y, por lo mismo no está obligada a restitución alguna», **iv)** inexistencia de derecho contractual por parte de “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía S.A.”, **v)** prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y, **vi)** las demás declarables oficiosamente. Expuso en su defensa que la ineficacia del traslado de régimen no se encuentra

amparada por los seguros contratados (expediente digital, carpeta 1, archivo 15 fls. 2 a 23).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 16 de enero de 2023 (expediente digital, carpeta 1, archivo 30), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por Luz Ángela Sánchez Vargas con destino a la AFP Colfondos S.A. para octubre de 1997. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia

SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Colfondos S.A y a la AFP Skandia S.A. que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al RPMPD administrado por Colpensiones los recursos percibidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones Privadas en el marco del RAIS, durante el tiempo en que la demandante estuvo vinculada a cada una de estas administradoras, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

INDICE FINAL

$$\frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}} \times \text{VALOR HISTORICO} = \text{VALOR INDEXADO}$$

(Valor de Cada Cotización)

INDICE INICIAL

Debiéndose tomar como índice inicial, el del mes en que se verificó el aporte o cotización integral correspondiente y como índice final, el del momento en que se efectúe el traslado de los recursos con destino al RPMPD, siendo pertinente señalar que las accionadas cuentan con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia para finiquitar este procedimiento, resaltándose que el pago correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagaran con cargo a recursos propios de las AFP Colfondos S.A y Skandia S.A., en proporción al tiempo en que la demandante permaneció vinculada a cada una de estas AFP. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Ahora bien, de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los mismos deberán ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional, al hacer parte estos recursos al Sistema General de Pensiones que deben destinarse a este sistema.

TERCERO: EXCEPCIONES Dadas las resultas del juicio, el despacho declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones así adoptadas.

CUARTO: ABSOLVER a la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., de las pretensiones formuladas en llamamiento por parte de Skandia S.A, esto en la forma consignada en la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la AFP Colfondos S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 en favor de la demandante.

En cuanto al llamamiento en garantía las costas estarán a cargo de Skandia S.A, en firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 en favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

SEXTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el superior.

Como sustento de su decisión, arguyó que conforme al criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha resaltado el deber de las AFP de suministrar información objetiva comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes así como de las consecuencias jurídicas del traslado, carga de la prueba que corre por cuenta de la AFP, quien no acreditó haberla cumplido.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Skandia y Colpensiones, recurrieron la sentencia.

Skandia solicita se revoque la condena impuesta tendiente a devolver las sumas adicionales de la aseguradora, dado que estas contingencias no fueron el objeto principal de este proceso, en lo referente a los gastos de administración, teniendo en cuenta que son descuentos que se realizaron en virtud de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por la administración de la cuenta de la demandante de manera diligente, para generar unos rendimientos; por lo que se estaría causando un perjuicio al patrimonio, toda vez que esos dineros ya han sido utilizados para la administración en general de la cuenta de ahorro individual de la demandante y, al ordenarse su devolución, se estaría descapitalizando la cuenta de la administradora. Finalmente, aduce que, al ser un emolumento económico periódico y que no está destinado para cubrir la pensión de vejez de la demandante.

Colpensiones aduce que no se cumplen los requisitos para la procedencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues no existió el engaño que se predica en su escrito libelar. Se debe tener en cuenta la prohibición legal de traslado en que se

encuentra inmersa la demandante en razón a la edad. Por otra parte, manifiesta que el traslado a las AFP goza de plena voluntad y no se puede utilizar su propia culpa para beneficiarse; de igual manera, resulta inverosímil que la demandante hubiese evidenciado las irregularidades en su traslado sin haber generado inquietud de la decisión tan importante que ello implicaba y no es hasta este momento que desea solicitar el cambio de régimen. Por último, también recaía en la demandante, el deber de información sobre las posibles consecuencias del cambio de régimen.

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 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 de la 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

De la historia laboral consolidada de la demandante, expedida por Skandia, se desprende que la actora estuvo afiliada y cotizó al seguro social de enero de 1994 a septiembre de 1997; migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos S.A. a partir de octubre de 1997 y, posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Skandia, desde junio de 2010, mediante formulario de afiliación del 29 de abril de 2010 (expediente digital, carpeta 01, archivo 9, fl.15 y 16 a 22).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que la afiliación al RAIS se dio cuando en la empresa donde laboraba, llegaron las

visitas de los fondos privados en el año 1997, se realizó una reunión masiva con empleados de la empresa, en la cual, un asesor de Colfondos quien era amigo del gerente de recursos humanos, les informó que en el fondo privado iban a tener una cuenta de ahorro individual, en el cual se iba a tener siempre el monto a la vista y que podrían pensionarse en cualquier momento y a cualquier edad, si se llegaban a quedar sin trabajo. Aduce que se trasladó a las AFPs de manera voluntaria, pero que ella no llenó el formulario sino que solo lo firmó, y que se sentía a gusto en el fondo privado porque podía tener el control del monto y aspiraba pensionarse a los 50 años de edad aproximadamente; manifiesta que le hablaron que en fondo privado iba a tener unos rendimientos y que en caso de que falleciera la pensión podría ser heredada a sus beneficiarios. No recuerda que se le haya informado sobre gastos de administración; recibía los extractos, pero no entendía muy bien la información contenida. Por último, tiene conocimiento que su ahorro individual esta por un valor aproximado de \$402.000.000 de pesos. Quiere retornar a Colpensiones porque al comparar su pensión con el RAIS y el RPM, esta última es mejor.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A., incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera 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 Colfondos S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

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).

Por ello, la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación, para declarar la del traslado, porque este es el acto de vinculación 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 adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Skandia S.A. administradora 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). 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).

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 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 llamada 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 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.

En relación con el llamamiento efectuado por SKANDIA S.A. a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., basta con precisar que no existe mérito para condenar a la aseguradora, en razón a que el porcentaje de gastos de administración recibido por las AFP debe ser reintegrado con cargo a su propio patrimonio, toda vez que las consecuencias de la falta de información de la AFP, no pueden ser asumidas por la entidad aseguradora, máxime si se tiene en cuenta que el amparo del contrato de seguros se cierne al pago de una suma adicional en el evento que se requiriera financiar una pensión de invalidez o sobrevivencia, situación ajena a la de ineficacia del traslado, objeto de estudio.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de enero de 2023, para en su lugar disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia, el cual quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Skandia 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 a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima; 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. Asimismo, **CONDENAR** a la AFP Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras 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.

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

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

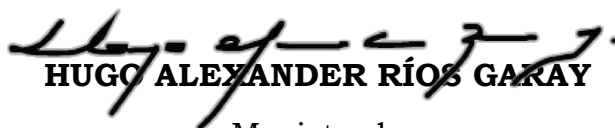
QUINTO: Sin **COSTAS** en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



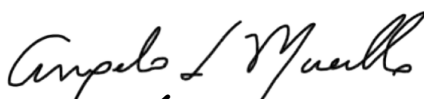
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

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 039 2022 00191 01
DEMANDANTE: MARTHA INES HERNANDEZ DE CASTRO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de mayo de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Porvenir S.A el 31 de diciembre de 1998. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. el regreso de la actora al RPM, de igual manera, el traslado de los valores de la cuenta de ahorro individual, correspondiente a cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, intereses y cuotas de administración a Colpensiones. Así mismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el día 24 de septiembre de 1956; inició sus aportes a pensión en Cajanal desde el día 18 de enero de 1983 hasta el 21 de julio de 1986, cotizando 408,14 semanas. El 31 de diciembre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro

individual con solidaridad a través de Porvenir S.A. con 42 años. Afirma que los asesores de la AFP le informaron que CAJANAL y el ISS, estaban pasando por una crisis económica difícil y que eventualmente podría llevar a que no respondieran por los aportes de sus afiliados, que en el fondo privado iba a recibir una mejor pensión. Asegura que no le brindaron información veraz, oportuna, pertinente y objetiva sobre las consecuencias a futuro del cambio de régimen. No le explicaron las características de ambos regímenes pensionales, las modalidades de pensión, derecho al retractor, bonos pensional o gastos de administración. Se le realizó una proyección pensional por parte de la AFP Porvenir en la cual tendría derecho a una mesada pensional equivalente a \$3.004.500 a la edad de 64 años. Elevó derecho de petición a las demandadas, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 01, fls. 1 a 22).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la accionante y la solicitud de reclamación administrativa de nulidad de traslado. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las 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; no hizo uso del derecho de retractor y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 10, fls. 2 a 43).

Estando debidamente notificada, la AFP Porvenir guardó silencio (archivo 13).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 2 de mayo de 2023 (archivo 18), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora Martha Inés Hernández De Castro del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de Porvenir S.A., es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó del régimen de prima media, situación que también se deberá entender frente a cualquier anotación que se haya realizado al interior del RAIS situación que no tenía conocimiento en el presente asunto.

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A a que transfiera a Colpensiones todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, bono pensional de haberse redimido, así como las comisiones, gastos por administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima; desde gastos de administración en adelante, los emolumentos deben ser entregados e indexados al momento del pago a Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones que reciba los dineros que los que habla el numeral anterior y reactive la afiliación de la demandante sin solución de continuidad al régimen de prima media.

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

QUINTO: INFORMAR a Colpensiones que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios que pueda causar esta ineficacia en contra de Porvenir S.A.

SEXTO: CONDENAR a Porvenir S.A dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 teniendo las explicaciones dadas en el presente proceso y se exonera a Colpensiones de las costas tal cual se explico en la sentencia.

SEPTIMO: ORDENAR el grado jurisdiccional de consulta la presente sentencia por resultar órdenes a cargo de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP demandada no demostró haber cumplido con su deber de información de manera clara y comprensible al momento de la afiliación ni posteriormente, sin que sea suficiente la simple suscripción del formulario; carga que le correspondía en los términos del artículo 1604 del Código Civil; obligación que además perdura durante todo el tiempo de afiliación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones manifestó que no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento, entendido como el deber de la información, por lo que existe una indebida y errónea

interpretación del artículo 1604 del Código Civil, ya que es la afiliada la que debe al fondo la realización de sus aportes y solo hasta que se pensiona se invierten las partes. A la accionante no 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, y no es beneficiaria del régimen de transición; por lo que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional y se pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

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 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 de la 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 al régimen de prima media con prestación definida, primero a través de Cajanal, desde el 18 de enero de 1983 a 21 de julio de 1986 y, posteriormente se afilió y cotizó al ISS, hoy Colpensiones de 3 de julio de 1990 a 31 de diciembre de 1998; fecha a partir de la cual, migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, carpeta 01DemandaAnexos, fls. 47, 51 y 24, respectivamente).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que un asesor del fondo privado acudió a su lugar de trabajo para que realizara la afiliación. Afirma que no recibió capacitación y que la información brindada por el asesor era que el ISS se iba acabar y que era mejor cambiarse a la AFP por su edad y estado civil. Aduce que no recuerda haber diligenciado el formulario, que de pronto lo hizo el asesor y ella lo firmó. Quiere retornar al RPM porque se siente engañada por el asesor del fondo privado, y que se trasladó al RAIS a base de mentiras. Manifiesta que recibe los extractos y que no ha acudido a las oficinas de 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 Porvenir S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora 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 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).

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.

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 la 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, como se indicó en la parte resolutive de la providencia de primer grado.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia, ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 02 de mayo de 2023, 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.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
con aclaración de voto
039 2022 00191 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 041 2021 00205 01
DEMANDANTE: NANCY PARRA PARRA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.
LLAMADA EN GARANTÍA: MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Skandia S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 05 de diciembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuadas a través de la AFP Porvenir S.A. y posteriormente la AFP Skandia S.A. En consecuencia, se ordenó a la AFP Skandia S.A. a trasladar todos y cada uno de los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, frutos e intereses y rendimientos a Colpensiones y, a ésta, a recibirlos; actualizar la historia laboral, teniendo en cuenta el detalle de la devolución de aportes que efectúe el RAIS, para que se vean reflejadas la totalidad de semanas; y en caso de que la demandante reúna los requisitos

de edad y tiempo necesarios para pensionarse en el RMP se reconozca y pague la mesada pensional correspondiente a la pensión de vejez debidamente indexada; de igual manera, los intereses moratorios que se causen por mora en el pago de las mesadas pensionales. Así mismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita* y, las costas y agencias de derecho del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 21 de agosto de 1965. Se afilió al sistema general de pensiones desde el 13 de agosto de 1986 hasta octubre de 1995, cotizando 466,71 semanas al ISS, hoy Colpensiones. En octubre de 1995 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A hasta enero de 2007. Aduce que no fue asesorada ni informada por la AFP de manera completa, clara, verás, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre regímenes, prestaciones económicas, beneficios, desventajas o inconvenientes y, en general, las implicaciones y consecuencias sobre derechos pensionales. Posteriormente se trasladó a la AFP Skandia, en enero de 2007. Actualmente la demandante cuenta con 56 años de edad y más de mil seiscientos sesenta y dos semanas. De conformidad con la liquidación elaborada en el RPM devengaría una mesada de \$13'874.985, mientras que en el RAIS sería de \$6'157.024. Solicitó a las demandadas la nulidad o ineficacia de su traslado, obteniendo respuesta negativa (expediente digitalizado, carpeta 1, archivo 01, fls. 1 a 49).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la edad de la misma, su afiliación al ISS, y las 1.662 semanas de cotización. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: falta de legitimación de la causa, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, no configuración de condena por intereses moratorios, 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, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 a quienes acrediten un derecho consolidado en el régimen de ahorro individual con solidaridad, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a las AFP; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y, no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; 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, carpeta 1, archivo 17 fls. 2 a 33).

La AFP Porvenir 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 informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación y la vinculación a otra administradora de fondo de pensión privada; además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, carpeta 1, archivo 15 fls. 3 a 55).

Skandia S.A., al contestar la demanda se opuso al éxito de las aspiraciones. De los hechos dijo ser cierta la vinculación de la actora a esta AFP, la solicitud de una proyección de mesada pensional, la variación del IBC, la petición elevada con su respectiva respuesta y la el número de semanas cotizadas; respecto a los demás manifiesta no constarle o no ser ciertas. Propuso las excepciones que denominó: actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son

iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal- falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro- gastos de administración, buena fe y las demás declarables de oficio. En su defensa alegó que la demandante no acreditó los fundamentos fácticos para obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación; aduce haber cumplido el deber de información a cargo de los Fondos de Pensiones y, que la demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado en atención a la edad, sin que sea beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, carpeta 1, archivo 16 fls. 3 a 28).

Finalmente, llamó en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. en virtud de los contratos de seguro previsional vigentes entre 2007 y 2018 (expediente digital, carpeta 1, archivo 16 fl. 83 a 90); quien al contestar la demanda inicial rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que los hechos no le constan. Propuso las excepciones que denominó: **i)** *«El acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas»,* **ii)** *«inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”»,* **iii)** *prescripción de la acción de nulidad,* **iv)** *«legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional»* y, **v)** las demás declarables oficiosamente. Como fundamentos de defensa indicó que es evidente que la manifestación del consentimiento de la demandante, a través del acto jurídico de afiliación como expresión de la autonomía de voluntad, estuvo precedido de libertad e información, exenta de error o de inducción indebida, con una consecuencia jurídico material inobjetable, lo que se vio reflejado en los posteriores traslados entre AFPs.

Al dar respuesta al llamamiento en garantía, se opuso al mismo. Admitió la presentación de la demanda ordinaria, la suscripción del

contrato de seguro previsional, su vigencia y, los pagos correspondientes a las primas de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes. Propuso las excepciones que denominó: **i)** «*“Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”, Frente a la acción material ejercida por la parte demandante, carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.”,*

ii) «*“Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.” no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de la prima, ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados,*

iii) «*A “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.” no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante “Skandia Administradora de Pensiones y Cesantías S.A.” y, por lo mismo no está obligada a restitución alguna,*

iv) *inexistencia de derecho contractual por parte de “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía S.A.”,*

v) *prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y,*

vi) *las demás declarables oficiosamente. Expuso en su defensa que la ineficacia del traslado de régimen no se encuentra amparada por los seguros contratados (expediente digital, carpeta 1, archivo 20 fls. 3 a 26).*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 05 de diciembre de 2022 (expediente digital, carpeta 1, archivo 29), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por Nancy Parra Parra del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Skandia S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia.

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

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

QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas Porvenir S.A., Skandia S.A., y Colpensiones y a favor de la demandante en la suma de \$1.000.000; y a cargo de la demandada Skandia S.A. en la suma única de \$1.000.000 a favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

SEXTO: ABSOLVER a la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. de las pretensiones elevadas por la AFP Skandia S.A.

SÉPTIMO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones elevadas por la parte demandante.

OCTAVO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.

NOVENO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que no demostraron las AFPs haber brindado a la afiliada en el momento del traslado al RAIS, información clara que le permitiese tener claras las condiciones y características de ese régimen, sin que pueda suplirse por los traslados o vinculaciones entre administradoras.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Skandia y Colpensiones, recurrieron la sentencia.

Skandia solicita se revoque la condena impuesta tendiente a devolver las sumas adicionales de la aseguradora, dado que estas contingencias no fueron el objeto principal de este proceso, pues en este caso no se trata de reconocimiento de una pensión de invalidez o sobrevivientes y, en lo referente a los gastos de administración, teniendo en cuenta que son descuentos que se realizaron en virtud de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por la administración de la cuenta de la demandante de manera diligente, para generar unos rendimientos; por lo que se estaría causando un perjuicio al patrimonio, toda vez que esos dineros ya han sido utilizados para la administración en general de la cuenta de ahorro individual de la demandante y, al ordenarse su devolución, se estaría descapitalizando la cuenta de la administradora.

Además, es la aseguradora Mapfre y no Skandia quien tiene a su disposición dichos conceptos o emolumentos. Finalmente, aduce que, al ser un emolumento económico periódico y que no está destinado para cubrir la pensión de vejez de la demandante, debe aplicarse la figura de la prescripción y absolverse a Skandia de la condena en costas a favor de la aseguradora.

Colpensiones reprocha la condena en costas toda vez que fue un tercero de buena fe, que no hizo parte del negocio jurídico de afiliación, y al ser recibir a la actora, generaría un alto impacto en el equilibrio financiero y señala que la actora se encuentra inmersa en prohibición de trasladarse al RPM.

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 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

de la demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones el 13 de agosto de 1986 (expediente administrativo, archivo¹); migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., el 1º de octubre de 1995 (expediente digital, carpeta 1, archivo 15, fl. 103); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP

¹ GRP-SCH-HL-66554443332211_2101-20211012074956.

Skandia, el 21 de diciembre de 2006 (expediente digital, carpeta 01, archivo 16, fl.43).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que la afiliación al RAIS se dio cuando en su trabajo se realizó una reunión masiva de aproximadamente de una hora, donde los asesores de las AFP les comentaron que el ISS se iba acabar y que la cotización con el fondo privado iba a ser mejor. Aduce que no les explicaron sobre los requisitos para pensionarse, las modalidades de pensión, lo correspondiente a la renta vitalicia o retiro programado. Le informaron que las semanas del ISS se trasladaban al régimen y que podía pensionarse antes. No le indicaron que abrirían una cuenta de ahorro individual, ni que tenía derecho al retractor. Hizo aportes voluntarios porque se enteró que podían ser beneficios para la compra de su vivienda. Manifiesta, que no recibió información sobre la financiación de su pensión a futuro y que recibía los extractos, pero no entendía la información contenida. Sigue cotizando a pensiones de manera dependiente. Quiere retornar a Colpensiones porque al comparar su pensión con el RAIS y el RPM, esta última es mejor para la actora.

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

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

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir 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 adicionada en este punto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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.

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

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

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

En relación con el llamamiento efectuado por SKANDIA S.A. a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., basta con precisar que no existe mérito para condenar a la aseguradora, en razón a que el porcentaje de gastos de administración recibido por las AFP debe ser reintegrado con cargo a su propio patrimonio, toda vez que las consecuencias de la falta de información de la AFP, no pueden ser asumidas por la entidad aseguradora, máxime si se tiene en cuenta que el amparo del contrato de seguros se cierne al pago de una suma adicional en el evento que se requiriera financiar una pensión de invalidez o sobrevivencia, situación ajena a la de inejecución del traslado, objeto de estudio.

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 inejecución del traslado, se le ordenó, recibir recursos de la AFP SKANDIA S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora..

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 05 de diciembre de 2022, que quedara del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Skandia S.A. administradora a la que se encuentra actualmente afiliada la accionante 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 en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

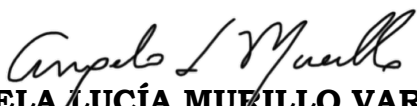
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MUXILLO VARÓN
Magistrada

Con aclaración de voto
041 2021 00205 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 24 2015 00579 01.
DEMANDANTE: AMPARO GUTIERREZ BARBOSA
DEMANDADO: MISIÓN TEMPORAL LTDA., INDUMIL
VINCULADO: COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZA S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpusieron la parte demandante, y las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de febrero de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo por obra y labor determinada con la empresa Misión Temporal Ltda., desde el 1° de diciembre de 2011 hasta el 10 de septiembre de 2013, así como la existencia de un contrato trabajo realidad con INDUMIL, y que ambas son solidariamente responsables. Que la terminación del contrato de trabajo sin justa causa sin el permiso correspondiente del Ministerio de Trabajo por encontrarse disminuida física. Por lo que, solicita se condene al reintegro, al pago de salarios y prestaciones sociales, la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 así como la indemnización por terminación de contrato de trabajo sin justa causa, así como los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas procesales.

De manera subsidiaria solicitó que se condene al pago de la indemnización por terminación de contrato de trabajo sin justa causa

En respaldo de sus pretensiones, narró que con la empresa Misión Temporal suscribió varios contratos individuales de trabajo de obra y labor determinada, el primero inició el 23 de junio de 2008, el segundo el 06 de marzo de 2009 y culminó el 30 de noviembre de 2009, donde la accionante decidió no renovar el contrato de trabajo.

Que suscribieron un nuevo contrato de trabajo de obra y labor determinada el 1º de diciembre de 2012 (sic), para desempeñar el cargo de Operario I – 1 ejecutándose en la sede y con exclusividad de la empresa militar INDUMIL en Soacha [Cund.]

Que el 29 de febrero de 2012 sufrió un accidente de trabajo cuando se encontraba en el taller de plásticos realizando el rebabado de pentoflex pieza en plástico que, al retirar el material sobrante, hizo fuerza con el bisturí y se le resbaló ocasionándole una cortada en la mano izquierda, que fue reportado a la ARL Colpatria, y como consecuencia de lo anterior, se le determinó Síndrome del Túnel Carpio Bilateral, Tenosinovitis de Flexoextensores de Antebrazos bilateral y la Epicondilitis Media y Lateral Bilateral con una alta probabilidad de enfermedad laboral, por lo que, la EPS le expidió unas recomendaciones laborales por espacio de 6 meses, y que no ha tenido una valoración para obtener el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Que la empresa Misión Temporal Ltda., el 10 de septiembre de 2013 le comunicó la terminación del contrato de trabajo y la liquidación se la entregaron el 25 del mismo mes y año, por lo que, presentó acción de tutela contra las demandadas el 07 de octubre de 2013, la cual fue negada por no cumplir con el requisito de la subsidiariedad. (fls. 8 a 11, PDF 01 Demanda)

La empresa militar INDUMIL contestó la demanda donde se opuso al éxito de las súplicas. De los hechos aceptó que la accionante interpuso una acción de tutela y que fue negada, los restantes hechos expresaron que no le consta. Propuso como excepciones, las que denominó como falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho, cobro de

lo no debido, prescripción, compensación, buena fe y cualquier otra que encuentre probada de oficio. Argumentó en su defensa que es una entidad de derecho público que celebró diversos contratos de prestación de servicios para el suministro de personal en misión, uno el 19 de agosto de 2011 y el otro el 12 de septiembre de 2012 para lograr una efectiva prestación del servicio de Defensa y Seguridad Nacional, pero, en la actualidad no cuenta con ningún vínculo comercial con esa entidad. (fls. 121 a 145, PDF 01 Demanda)

La misma entidad en escrito separado, llamó en garantía a la Compañía de Aseguradoras de Fianza – CONFIANZA S.A. – (fls. 242 a 245, PDF 01 Demanda)

La llamada en garantía Compañía de Aseguradoras de Fianza – CONFIANZA S.A. – contestó la demanda donde se opuso al éxito de las súplicas. De los hechos afirmó no constarle ninguno. Propuso como excepciones, las que denominó “ineficacia del llamamiento en garantía, consecuente inexigibilidad de los seguros”, “ausencia de cobertura en caso de ser condenado el asegurado INDUMIL como verdadero empleador”, “ausencia de cobertura de reintegros laborales y sus consecuentes salarios, indemnizaciones del artículo 65 del CST, y del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y del accidente de trabajo”, “no cobertura de vacaciones al no tener carácter salarial ni prestacional”, “ausencia de prueba del siniestro imputable al garantizado” (fls. 392 a 435, PDF 01 Demanda)

La demandada Misión Temporal Ltda., contestó la demanda donde se opuso al éxito de las súplicas. De los hechos, aceptó el vínculo laboral iniciado el 1º de diciembre de 2012, el salario devengado, así como que prestaba el servicio en Soacha [Cund.], así como que el accidente que sufrió la demandante fue en la sede de INDUMIL, las patologías sufridas por la demandada. De los demás expresó que no eran ciertos y que no le constaba. Propuso como excepción previa, la de prescripción, y de fondo, prescripción, inexistencia de solidaridad entre la empresa Misión Temporal y la empresa INDUMIL, inexistencia de causa para pedir, pago total de las obligaciones correspondientes a los contratos laborales a cargo de mi representada, buena fe, mala fe de la demandante, falta de derecho

sustantivo, cesión de la facultad subordinante de la demandante a INDUMIL, trabajadora en misión, compensación, terminación de contrato de trabajo por la finalización de la obra, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y cualquier otra que encuentre probada de oficio. Argumentó en su defensa que suscribió contrato de trabajo con la demandada para que fuera trabajadora en misión de la Empresa INDUMIL, y fue desvinculada el 10 de septiembre de 2013. Que la demanda fue notificada el 05 de septiembre de 2018, por lo que, no se interrumpió el término de prescripción en debida forma, así como que las terminaciones de los contratos obedecieron a una causa legal y objetiva, y no a una condición médica, por lo que, no era procedente la autorización previa al Ministerio del Trabajo. (fls. 455 a 533, PDF 01 Demanda)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 17 de febrero de 2022, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre la señora Amparo Gutiérrez Barbosa y la empresa Industria Militar Indumil vigente entre el 01 de diciembre de 2011 al 10 de septiembre de 2013, en virtud del cual desempeño el cargo de OPERARIO1 devengando como último salario la suma mensual de \$624.576 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la Industria Militar Indumil y de forma solidaria a la empresa de servicios temporales MISION TEMPORAL LTDA. a reconocer y pagar a la señora Amparo Gutiérrez Barbosa la suma de \$1.644.716 debidamente indexada por concepto de indemnización por despido sin justa causa, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas Industria Militar Indumil y Misión Temporal de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora Amparo Gutiérrez Barbosa, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ABSOLVER a la sociedad Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. confianza en su condición de llamada en garantía, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: DECLARAR parcialmente probados parcialmente los hechos sustento de la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la pasiva, declarándose relevado del estudio de los demás.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas Indumil Y Misión Temporal. Por secretaría líquidense en la oportunidad procesal incluyendo en ellas la suma de \$400.000 en valor cómo se estiman las agencias en derecho.

SEPTMO: REMITIR las diligencias a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a fin de que se surta el

grado jurisdiccional de consulta a favor de Indumil, en el evento de qué no sea apelada la sentencia de manera oportuna.

Básicamente, señaló que la existencia de una verdadera relación laboral entre la demandante y la empresa INDUMIL a través de la empresa de servicio temporal, así como que no se acredita la condición de discapacidad al momento de la terminación del contrato de trabajo, por lo que, no era necesario la autorización previa al Ministerio del Trabajo. A su vez, encontró procedente la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa como trabajadora oficial, así como que las entidades demandadas deben de pagar en forma solidaria la correspondiente indemnización.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante, y las demandadas apelaron lo resuelto.

La demandante argumentó que, si se encontró probada la relación laboral entre la demandante y la empresa INDUMIL, la causal de terminación del contrato resulta ineficaz y la consecuencia que se genera es el reintegro.

La demandada INDUMIL argumentó que, no se encuentra acreditado la vinculación laboral con la demandante toda vez que se demostró con el contrato comercial y los sendos contratos comerciales que se suscribieron con Misión Temporal son contratos que corresponden a un tema de incrementos en la producción. Que Misión Temporal es la verdadera empleadora de la demandante y que los vínculos comerciales terminaron por una causal objetiva y no tuvieron nada que ver con la salud de la demandante.

La demandada Misión Temporal argumentó que, se desconocieron los contratos comerciales suscritos con INDUMIL donde se evidencia un aumento en la producción de la empresa usuaria, que con el personal de planta que tienen no eran capaces de satisfacer esa necesidad. Que para septiembre de 2012 tenía recomendaciones laborales, pero, para esa data

no le terminaron el contrato de trabajo, y que con la sentencia se está castigando a obrar con el principio de solidaridad y por el obrar con la buena fe que caracteriza a misión temporal por querer dar esa estabilidad a la trabajadora de que siguiera ella laborando para que pudiera recuperarse plenamente a cabalidad.

IV. CONSIDERACIONES

Por lo que corresponde a la Sala definir si se configura la existencia de un contrato de trabajo realidad entre la demandante y la empresa INDUMIL, así como si la empresa Misión Temporal fue un simple intermediario. En caso afirmativo, se entrará a definir la procedencia del reintegro solicitado por la parte demandante, y, por último, lo alusivo al tema de las costas procesales.

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

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

2022, CSJ SL3847-2021, CSJ SL2608-2019, CSJ SL2480-2018 y CSJ SL 16528-2016, entre otras.

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

La entidad demandada (usuaria) manifiesta su disenso en que el Tribunal no podía declarar la existencia del vínculo laboral entre el demandante y ella, por cuanto, en su rol de beneficiaria del servicio y delegataria del poder subordinante, los contratos de trabajo suscritos con la empresa de servicios temporales fueron de carácter comercial para el aumento de la producción y una mejor prestación del servicio en el sector Defensa.

Antes de incursionar en el análisis de las piezas y medios de convicción aportados al expediente, es preciso tener en cuenta los lineamientos jurídicos que se enuncian a continuación acerca del contrato de trabajo y las empresas de servicios temporales:

La vinculación de trabajadores en misión tiene como objetivo la prestación de servicios transitorios a la empresa usuaria *por razones excepcionales*, conforme las previsiones establecidas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, pero cuando ello no ocurre, el usuario para ser el verdadero empleador y la empresa de servicios temporales una mera intermediaria, quien además responde solidariamente. Al efecto se trae a colación la sentencia CSJ SL271-2019, cuyo texto dice lo siguiente:

La vinculación a través de empresas de servicios temporales tiene por finalidad, prestar servicios transitorios para la usuaria, sean o no del giro ordinario de ésta, pero siempre por razones excepcionales, por lo que no es dable mantener la contratación a través de EST cuando la actividad desarrollada por el trabajador en misión constituya en verdad una necesidad permanente en la

empresa cliente, como ocurre cuando no se atienden las causales previstas en el artículo citado o se supera el término temporal máximo allí previsto.

De ser así, el responsable de las obligaciones laborales es el usuario, quien pasa a ser el verdadero empleador, y de manera solidaria responderá la empresa de servicios temporales por haber fungido como intermediaria sin anunciar a la trabajadora tal condición (artículo 35 del CST). Al respecto, en reciente pronunciamiento efectuado en sentencia CSJ SL3520-2018, se precisó:

Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.

En torno al punto, la doctrina más extendida ha estipulado que «si bien [las empresas de servicios temporales] se ubican dentro de los mecanismos de flexibilidad organizativa, no pueden considerarse estrictamente como una manifestación de la descentralización porque en principio no pueden cubrir necesidades permanentes de la empresa, no pueden sustituir personal permanente. La empresa usuaria o cliente no descentraliza actividades, sino que, al contrario, contrata con una empresa de trabajo temporal el suministro de personal temporal para actividades excepcionales o para un incremento excepcional de su actividad ordinaria¹».

Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

Al respecto, esta Sala en sentencia CSJ SL17025-2016 adujo que las empresas usuarias no pueden «encubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales» de los trabajadores en misión, tal como ocurriría cuando la contratación no encuadra en ninguna de las causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o cuando exceden el término máximo previsto en el numeral 3.º del precepto citado.

La infracción de las reglas jurídicas del servicio temporal conduce a considerar al trabajador en misión como empleado directo de la empresa usuaria, vinculado mediante contratos laboral a término indefinido, con derecho a todos los beneficios que su verdadero

¹ ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia, *Descentralización, Tercerización y Subcontratación*. Lima: OIT, Proyecto FSAL, 2009, p. 29.

empleador (empresa usuaria) tiene previstos en favor de sus asalariados. A su vez debe tenerse a la empresa de servicios temporales como simple intermediaria, que, al no manifestar su calidad de tal, está obligada a responder solidariamente por la integridad de las obligaciones de aquella.

En torno al punto, cabe recordar nuevamente lo expuesto en la sentencia CSJ SL, 24 abr. 1997, rad. 9435, la cual, a pesar del tiempo en que fue proferida, sigue siendo un hito en la materia:

Pero ésta (sic) irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T. funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T., de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.

Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T., en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación.

En varias decisiones ha considerado que en determinadas circunstancias es viable considerar que la empresa usuaria o beneficiaria de los servicios prestados por trabajadores vinculados a través de empresas de servicios temporales como verdadera empleadora, tal como en aquellos casos en que la EST no está autorizada para prestar ese servicio, o cuando estándolo infringe las disposiciones que regulan el servicio temporal, como en los eventos en que la vinculación excede el término de un año, o cuando se vincula personal en misión para desempeñar labores que no son ocasionales o accidentales o para remplazar personal de la usuaria o atender incrementos en la producción. Al efecto, se trae a colación la sentencia CSJ SL3520-2018, cuyo texto señala:

Tal abordaje jurídico resulta desacertado habida cuenta que conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, es posible en determinadas circunstancias considerar a la empresa usuaria como verdadera empleadora y la EST como simple intermediaria, responsable solidaria de las obligaciones laborales contraídas por la primera. Ello, ocurriría cuando la empresa de servicios temporales no está autorizada para prestar ese servicio o cuando en desarrollo del mismo infringe las normas que regulan el servicio temporal, como sería el caso en que la contratación para la atención de incrementos en la producción o la prestación de servicios exceda el término de 1 año.

En efecto, en la sentencia CSJ SL17025-2016, la Corte consideró:

El artículo 75 de la Ley 50 de 1990 resume el objeto de las empresas de servicios temporales en los siguientes términos:

Artículo 71. Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.

De la disposición transcrita se tiene que uno de los elementos esenciales de este tipo de acuerdos es la temporalidad del servicio de colaboración contratado. Quiere decir esto que el contrato comercial que suscribe la empresa usuaria y la empresa de servicios temporales lo es para prestar un servicio restringido en el tiempo de apoyo o colaboración en los eventos consagrados en la ley.

Ahora, la colaboración o apoyo temporal objeto del contrato solo es procedente en las específicas hipótesis de que trata el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, a saber:

- 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.*
- 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.*
- 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses, prorrogable hasta por seis (6) meses más.*

Así, el contrato comercial celebrado entre la empresa usuaria y la EST debe observar, reconducirse y explicarse en función de estas tres posibilidades de provisión de servicios temporales, lo cual significa que el uso de esta figura para vincular personal en misión en el marco de un proceso que no encaje en estas causales o que desborde los límites en ella previstos, socava su legalidad y legitimidad, y hace desaparecer el sustento contractual-normativo que justifica la presencia de los trabajadores en misión en la empresa beneficiaria. Por ello, ante la falta de un referente contractual válido, la EST pasa a ser un simple intermediario en la contratación laboral, que no confiesa su calidad de tal (ficto o falso empleador), y la empresa usuaria adquiere la calidad de verdadero empleador. (subrayado fuera de texto).

Igualmente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido constante en el sentido de declarar a la empresa beneficiaria como verdadera empleadora en aquellos casos en los que la vinculación del personal a través de las EST se hace para realizar o cumplir necesidades o funciones permanentes de la entidad usuaria y no para desarrollar aquellas de que trata el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. Sobre el particular se citan apartes de la sentencia SL467-2019, los que literalmente dicen lo que sigue:

Pues bien, en lo que concierne a este punto, la Corte debe recordar que las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios. Al respecto, en la sentencia CSJ SL3520-2018 la Sala adocrinó:

[...] cabe recordar que conforme al artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales (EST) «son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador».

Son pues empresas cuyo objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución. De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Según el artículo 77 ibidem, el servicio a cargo de las EST solo puede ser prestado para: (1) la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6.º del Código Sustantivo del Trabajo; (2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y (3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por un periodo igual.

Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.

En torno al punto, la doctrina más extendida ha estipulado que «si bien [las empresas de servicios temporales] se ubican dentro de los mecanismos de flexibilidad organizativa, no pueden considerarse estrictamente como una manifestación de la descentralización porque en principio no pueden cubrir necesidades permanentes de la empresa, no pueden sustituir personal permanente. La empresa usuaria o cliente no descentraliza actividades, sino que, al contrario, contrata con una empresa de trabajo temporal el suministro de personal temporal para actividades excepcionales o para un incremento excepcional de su actividad ordinaria».

Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

Al respecto, esta Sala en sentencia CSJ SL17025-2016 adujo que las empresas usuarias no pueden «encubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales» de los trabajadores en misión, tal como ocurriría cuando la contratación no encuadra en ninguna de las causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o cuando exceden el término máximo previsto en el numeral 3.º del precepto citado.

En otras ocasiones se ha declarado a la empresa usuaria como verdadera empleadora y responsable de los efectos que genera su proceder culposo, cuando ha utilizado los servicios prestados por los trabajadores en misión para desempeñar funciones ajenas a los deberes propios del contrato de trabajo celebrado entre el empleado y la empresa de servicios temporales, como se evidencia en la sentencia CSJ SL5633-2018, en la que se iteró la providencia CSJ SL, 12 mar. 1997, rad. 8978. Esta última dice lo que sigue:

Examinados cada uno de los yerros fácticos que la censura atribuyó a la sentencia acusada, estima la Sala oportuno recordar que desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo la doctrina y la jurisprudencia laboral han entendido que es permitido que entre las mismas partes pueda existir pluralidad de contratos con objetos diferentes, posibilidad jurídica hoy prevista en el artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo, del cual emerge la necesidad de que dichos nexos se desarrollan con causas diferentes y haya un deslinde claro en cuanto a tiempo, energía y actividad del trabajador.

Pero si ello es así tratándose de un mismo empleador, con mayor razón cuando existe duplicidad de vínculos jurídicos, como en el sub-júdice donde se ve con nitidez, del examen de las pruebas objeto de censura, que en realidad coexistieron la vinculación laboral de Frank Arturo Pabón Osario con la empresa de servicios temporales Servicios Uno A Ltda. como verdadero patrono según lo preceptuado por el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, para la ejecución de labores como trabajador en misión, en el cargo de "moldeador de prensa" para la usuaria Fundiciones y Repuestos S.A. "FURESA" y la relación laboral entre Frank Arturo Pabón Osario con Fundiciones y Repuestos S.A. "FURESA" para la prestación del servicio de arreglo de tejados el día 17 de julio de 1994.

Significa entonces, que el Tribunal al haber apreciado erróneamente el contrato de trabajo suscrito entre la empresa de servicios temporales y el trabajador Pabón, el informe patronal de accidente, la investigación del I.S.S. y la propia confesión de la parte actora, y al omitir la valoración de la evaluación de inducción y la testimonial, incurrió en yerro manifiesto, porque no delimitó el ámbito de los derechos y obligaciones de cada una de las dos relaciones laborales.

Estima la Sala, en consecuencia con lo dicho, que si bien en principio las empresas de servicios temporales son verdaderos patronos y responsables frente al trabajador en misión de la salud ocupacional, no es lícito ni legítimo que un usuario aproveche los servicios de esta clase de trabajadores para atribuirles funciones que escapan totalmente de los deberes propios del contrato de trabajo celebrado por el empleado con la empresa de servicios

temporales y luego pretenda desconocer las naturales consecuencias del marco obligacional que surge del contrato de prestación de servicios celebrado con ésta, para así evadirse de la ineludible responsabilidad laboral que surge de su proceder culposos que origina accidentes de trabajo, los cuales deben ser reparados en la forma prescrita por el artículo 216 del código del trabajo.

Y si aparece diáfano -como en el presente caso- que la empresa de servicios temporales fue totalmente ajena a esa actuación apartada del objeto del contrato de prestación de servicios con la usuaria y del contrato de trabajo en misión, ella no se puede reputar subordinante en estos eventos, y por tanto no será ésta quien deba satisfacer las indemnizaciones pertinentes sino el empresario usuario culpable de la acción o la omisión generadora del infortunio laboral.

Aclarado como está en el sub-lite que el accidente de trabajo no tuvo como causa el contrato de trabajo con la empresa de servicios temporales, ni fue responsable esta de su ocurrencia, ni estaba en sus manos el poder evitarlo, es lógico que ella no es deudora de los derechos reclamados en esta demanda, sino únicamente el usuario en quien se encuentra radicada la culpa suficientemente acreditada por haber impartido la orden, por fuera del contrato de trabajo en misión, de un trabajo riesgoso a un servidor no capacitado para la labor de arreglo de tejados.

Al amparo de lo expuesto, se procede al análisis de las pruebas arrojadas al plenario, en el que se verifica que, durante el transcurso del proceso, (i) la demandante aportó el contrato de trabajo suscrito con la Misión Temporal el 23 de junio de 2008 (fls. 32), el 06 de marzo de 2009 (fls. 34), 1º de diciembre de 2011 (fls. 36) para ser trabajadora en misión en INDUMIL, (ii) el informe de accidente de trabajo a la ARL Colpatria (fls. 39), (iii) la terminación de contrato de trabajo de 10 de septiembre de 2013 por parte de la empresa Misión Temporal (fls. 40), (iv) liquidación del contrato de trabajo con la empresa Misión Temporal (fls. 41), (v) valoración de medicina ocupacional por parte de Saludcoop de 08 de abril de 2013 dirigida a INDUMIL (fls. 64), (vi) Estudio de origen de las patologías por parte de la Equidad Seguros de 19 de noviembre de 2013 (fls. 67), (vii) historia clínica de atención de 30 de enero de 2014 (fls. 76), (viii) concepto médico de aptitud laboral de ARL Colpatria de 14 de mayo de 2012 “apto con recomendaciones” (fls. 78), cuestión que se reiteró en el concepto de 29 de enero de 2013 (fls. 81), (ix) historia clínica donde la atendieron el 15 de mayo de 2013 (fls. 86), (x) historia clínica donde la atendieron el 17 de septiembre de 2013 (fls. 88)

La demandada INDUMIL al momento de contestar la demanda aportó las siguientes pruebas documentales: (i) contrato de prestación de

servicios 1-2-3-4 211/2011 celebrado con la empresa Misión Temporal para el suministro de personal (fls. 146 a 161), (ii) contrato adicional al contrato de prestación de servicios 1-2-3-4 211/2011 celebrado el 04 de febrero de 2012 (fls. 165 a 166), (iii) segundo contrato adicional al contrato de prestación de servicios 1-2-3-4 211/2011 celebrado el 24 de mayo de 2012 (fls. 170 a 171), (iv) tercer contrato adicional al contrato de prestación de servicios 1-2-3-4 211/2011 celebrado el 24 de agosto de 2012 (fls. 175 a 176), (v) contrato de prestación de servicios 1-2-3-4 078/2012 celebrado con la empresa Misión Temporal para el suministro de personal (fls. 179 a 194), (vi) segundo contrato adicional al contrato de prestación de servicios 1-2-3-4 078/2012 celebrado el 07 de marzo de 2013 (fls. 196 a 198), (vii) primer contrato adicional al contrato de prestación de servicios 1-2-3-4 078/2012 celebrado el 10 de diciembre de 2012 (fls. 201 a 203), (viii) tercer contrato adicional al contrato de prestación de servicios 1-2-3-4 078/2012 celebrado el 11 de abril de 2013 (fls. 205 a 206), (ix) cuarto contrato adicional al contrato de prestación de servicios 1-2-3-4 078/2012 celebrado el 25 de abril de 2013 (fls. 209 a 210), (x) quinto contrato adicional al contrato de prestación de servicios 1-2-3-4 078/2012 celebrado el 30 de abril de 2013 (fls. 213 a 214), (xi) sexto contrato adicional al contrato de prestación de servicios 1-2-3-4 078/2012 celebrado el 08 de mayo de 2013 (fls. 216 a 218), (xii) séptimo contrato adicional al contrato de prestación de servicios 1-2-3-4 078/2012 celebrado el 30 de mayo de 2013 (fls. 221 a 223), (xiii) octavo contrato adicional al contrato de prestación de servicios 1-2-3-4 078/2012 celebrado el 25 de julio de 2013 (fls. 226 a 227), (xiv) noveno contrato adicional al contrato de prestación de servicios 1-2-3-4 078/2012 celebrado el 16 de agosto de 2013 (fls. 230 a 232), (xv) decimo contrato adicional al contrato de prestación de servicios 1-2-3-4 078/2012 celebrado el 30 de agosto de 2013 (fls. 235 a 237)

La demandada Misión Temporal Ltda., contestó la demanda aportó las siguientes pruebas documentales: (i) contrato de trabajo suscrito con la demandante (fls. 544 a 551), (ii) comprobante de pago de nómina (fls. 556 a 563), (iii) Otrosí de contrato de trabajo suscrito con la demandante (fls. 569 a 571 y 580 a 583), (iv) información acerca de la modificación del accidente de trabajo de la demandante (fls. 579), (v) terminación de

contrato de trabajo de 21 de enero, 30 de noviembre de 2009, 28 de octubre de 2011 y 10 de septiembre de 2013 (fls. 586 a 589), (vi) liquidación del contrato de trabajo de la demandante (fls. 592 a 596), (vii) concepto médico de aptitud laboral de la ARL Colpatria donde colocaron “apto con recomendaciones” hasta el 13 de enero de 2013 (fls. 597)

Se practicó interrogatorio de parte a la demandante, la cual manifestó que suscribió varios contratos de trabajo por obra y labor con la empresa Misión Temporal Ltda., pero afirmó que quien le pagaba era INDUMIL porque trabajaba para esa entidad. Así como que para la fecha de terminación del contrato tenía recomendaciones laborales por espacio de 6 meses.

Se practicó interrogatorio de parte al representante legal de la empresa Misión Temporal Ltda., el cual manifestó que la demandante ejercía el cargo de operaria con base a los picos de producción que se tenían con la empresa Indumil, producto de los contratos comerciales que se suscribieron con esa entidad. Así como que el pico de producción inició en noviembre de 2011 y por la temporalidad la trabajadora no podía superar los 6 meses prorrogables por 6 meses tal y como nos lo dice la norma, pero aquí hay que tener en cuenta que la trabajadora para el año 2012 no me acuerdo exactamente la fecha en que le dan una recomendación, en septiembre de 2012 creo que es le dan una recomendaciones a la trabajadora que iban hasta el 2013, hasta enero del 2013 si la memoria no me falla iban esas recomendaciones laborales, con base en estas recomendaciones laborales que le dan a nuestra trabajadora y con base al principio de solidaridad que debe existir de toda empresa con sus trabajadores, pues este contrato laboral se le prorroga, o no se le prorroga se le da la debida continuidad a la trabajadora, insisto si bien es cierto se superó la temporalidad también lo es que fue con base en esa situación de salud que en su momento tenía la aquí accionante.

Analizados los medios de prueba antes señalados, conforme al artículo 61 del Código de Procedimiento del Trabajo, estima la Colegiatura que la demandante demostró que suscribió contrato de trabajo con la empresa Misión Temporal y que esta entidad la envió como trabajadora en

misión a la empresa INDUMIL para mejorar la prestación de servicios en el sector Defensa desde noviembre de 2011 hasta septiembre de 2013. Es decir, durante 1 año y 9 meses. Superando la temporalidad a la que hace referencia el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. Aunado a lo anterior, la labor que ejercía la demandante corresponde al giro ordinario de la entidad, a su vez, la norma es clara en determinar que cuando se requiere personal para incrementar la producción, estos se deben hacer por espacio de “*seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) mes más.*” Por lo que, la empresa usuaria debió haber suscrito un contrato de trabajo con la demandante, por cuanto, quedó acreditado que era una necesidad permanente y esencial de la empresa usuaria [INDUMIL] que no podía ser desarrollada por intermedio de empresas temporales.

Siendo así, acertó el Juez A quo al concluir que durante este segmento de la relación laboral el verdadero empleador de la demandante fue INDUMIL, pues, como lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia «*la infracción de las reglas jurídicas del servicio temporal conduce a considerar al trabajador en misión como empleado directo de la empresa usuaria, vinculado mediante contrato laboral a término indefinido, con derecho a todos los beneficios que su verdadero empleador (empresa usuaria) tiene previstos en favor de sus asalariados*» (CSJ SL3520-2018)

Reintegro por estabilidad laboral reforzada

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

En el preámbulo, reconoce que la discapacidad es «*un concepto que evoluciona*», además, que es producto «*de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones*»

con las demás». Asimismo, el artículo 1.º señala que las personas con discapacidad «incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

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

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

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

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

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

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

Igualmente, admitir que las personas en quienes concurre una invalidez y una discapacidad no pueden reincorporarse a la fuerza laboral no solo vulnera su

derecho al trabajo; también niega su autonomía individual garantizada en la Convención y pone el énfasis en lo que no pueden hacer en vez de acentuar aquello que sí son capaces de ejecutar.

Paralelamente, el artículo 13 de la Constitución Nacional reconoce que el Estado tiene, en el marco de sus deberes, el de proteger *“especialmente a aquellas personas que por su condición [...] física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”*. Con base en dicha disposición se colige que quienes se encuentran en condiciones físicas de debilidad manifiesta, se les debe una protección especial. Esa garantía se predica de todos los derechos y, por tanto, también de la *“estabilidad en el empleo”*, reconocido igualmente en el artículo 53 de la Carta Fundamental.

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

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

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

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

Con lo anterior se pretende contrarrestar las conductas discriminatorias en contra de las personas que están en una particular situación, al prohibir expresamente las conductas dirigidas a anular o

restringir sus derechos, libertades u oportunidades sin justificación objetiva y razonable, y también como pleno desarrollo del derecho a la igualdad y dignidad humana predicado constitucionalmente.

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

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

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

IV No es posible acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como elemento orientador en la materia, pues ha utilizado un criterio completamente distinto al concepto de estabilidad laboral reforzada. Sus fallos más recientes fundamentan su análisis en una norma ya derogada (Decreto 2463 de 2001 derogado expresamente por el Decreto 1352 de 2013), tal vez por la antigüedad de los casos, e ignoran los fundamentos legales y constitucionales vigentes pues, los jueces laborales no verificaban que el empleador hubiera cumplido su obligación de procurar el reintegro, como lo prevé una norma vigente desde 1965. Aunque en varios casos los recurrentes en casación han solicitado la ampliación de la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para la Corte Suprema debe probarse (a) que el trabajador tenga una limitación física, psíquica o sensorial moderada (pérdida de capacidad laboral del 15% al 25%), severa (mayor al 25%, pero inferior al 50%) o profunda (cuando supera el 50%), y (b) que el empleador conoce ese estado de salud y termina la relación por razón de la limitación física, sin previa autorización del ministerio del ramo. Sin embargo, esa graduación fue derogada en 2013 y, será la misma Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción laboral quien deberá interpretar este cambio normativo de la manera en que lo considere según sus competencias y en armonía con las previsiones constitucionales y la interpretación reiterada de cláusulas constitucionales que ha fijado esta Corporación.

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

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

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

4.4. (...) El derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal sino que se funda razonablemente y de forma directa en diversas disposiciones de la Constitución Política: en el derecho a “la estabilidad en el empleo” (CP art 53);[61] en el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva” (CP arts. 13 y 93);[62] en que el derecho al trabajo “en todas sus modalidades” tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de “condiciones dignas y justas” (CP art 25); en el deber que tiene el Estado de adelantar una política de “integración social” a favor de aquellos que pueden considerarse “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos” (CP art 47);[63] en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (CP arts. 1, 53, 93 y 94); en el deber de todos de “obrar conforme al principio de solidaridad social” (CP arts. 1, 48 y 95).[64]

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

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

1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.

2. La estabilidad ocupacional reforzada implica que el trabajador tiene el derecho a no ser desvinculado sino en virtud de justa causa debidamente certificada por la oficina del Trabajo. No obstante, en los casos en que no exista dicha autorización, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la pretermisión del trámite ante la autoridad del Trabajo acarrea la presunción de despido injusto, empero, esta presunción se puede desvirtuar y en virtud de la inversión de la carga de la prueba le corresponde al empleador o contratante probar la justa causa para terminar la relación.
3. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En reciente pronunciamiento realizado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia en Sentencia SL 1152-2023, enfatizó:

(...)

En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la Convención (“Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo de 2006) analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

- a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»;
- b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;
- c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorio para el caso.

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de la necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con el artículo 51 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez en el ejercicio del deber de decretar pruebas de oficio ordene practicar la prueba pericial (...)

(...)

Por último, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su función de unificación de la jurisprudencia, se aparta de las interpretaciones que

consideran que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración toda vez que, conforme se explicó, la Convención y la ley estatutaria previeron tal protección únicamente para aquellas deficiencias de mediano y largo plazo que al interactuar con barreras de tipo laboral impiden su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás. Aquí, vale precisar que las diferentes afectaciones de salud per se no son una discapacidad, pues solo podrían valorarse para efectos de dicha garantía si se cumplen las mencionadas características.

Al amparo de lo expuesto, se verifica que dentro del plenario existen recomendaciones laborales a favor de la demandante hasta el 13 de enero de 2013, asimismo, que fue atendida en mayo del mismo año por su médico tratante. Pero, hasta la fecha terminación del contrato de trabajo no se observa ningún tipo recomendación laboral, incapacidad.

Así las cosas, es claro que el actor no presentaba alguna condición de salud que le impidiera ejecutar las labores a su cargo, pues nada distinto se probó en juicio.

Lo anterior permite concluir que la empleadora una vez conoció que el accionante tenía recomendaciones laborales mantuvo la vinculación hasta el momento en que según se informa en la carta de trabajo no fueron prescritas recomendaciones médicas, circunstancia que no fue desvirtuada en juicio, así como que lo reubicó en oficios acorde con su estado de salud y como ya se vio que para el momento en que el vínculo terminó no estaba incapacitado, no tenía prescritas recomendaciones o padecía alguna patología que le permitiera ejecutar las labores encomendadas.

En ese horizonte, estima esta Colegiatura que no fue demostrado que para el momento del despido la accionante padeciera una afectación en su salud que le impidiera o dificultara realizar las funciones que ejecutaba para la época en condiciones regulares, como tampoco probó una barrera de tipo laboral, y que dicha situación era conocida o notoria para el empleador, para que operara la presunción de despido discriminatorio. Por tanto, no resultaba necesario que el empleador previo al despido tramitara ante el Ministerio de Trabajo la autorización para proceder a la finalización del contrato de trabajo.

De las Costas procesales

El artículo 366 del Código General del Proceso, señala que:

Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

1. *El secretario hará la liquidación y corresponderá al juez aprobarla o rehacerla.*

2. *Al momento de liquidar, el secretario tomará en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto en los autos que hayan resuelto los recursos, en los incidentes y trámites que los sustituyan, en las sentencias de ambas instancias y en el recurso extraordinario de casación, según sea el caso.*

3. *La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.*

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. *Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.*

5. *La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.*

6. *Cuando la condena se imponga en la sentencia que resuelva los recursos de casación y revisión o se haga a favor o en contra de un tercero, la liquidación se hará inmediatamente quede ejecutoriada la respectiva providencia o la notificación del auto de obediencia al superior, según el caso.*

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo 10.554 de 2016, determinó la tarifa de las agencias en derecho, la cual para los procesos ordinarios de primera instancia se determinó lo siguiente:

Las tarifas de agencias en derecho son:

1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL
(...)

En primera instancia. a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:

(...)

(ii) *De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.*

Las costas son una consecuencia procesal del ejercicio de la acción instaurada, obviamente no pueden ser consideradas como materia principal de un proceso laboral en cuanto dependen de su resultado; y al tener por objeto resarcir los perjuicios causados o reembolsar los gastos ocurridos por la actividad de los litigantes, no pueden ser tenidas como un derecho sustantivo de naturaleza laboral.

De igual manera, La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver al demandado de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, resultó derrotado.

Sin embargo, atendiendo lo dispuesto en el Acuerdo 10.554 de 2016 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, acerca de que el porcentaje de la tarifa de agencias en derecho en procesos que sean de trámite de primera instancia oscilaría entre el 3% y el 7.5% de lo pedido, y como la condena por concepto de indemnización por terminación de proceso sin justa causa fue por la suma de \$1.644.716, el valor a pagar por concepto de costas y agencias en derecho debió haber sido de \$123.353,70 aplicando la tasa del 7.5%

$$\$1.644.716 * 7.5\% = \$123.353,70$$

En consecuencia, se procederá a modificar el numeral 6º de la sentencia apelada, para en su lugar, *CONDENAR en costas a las*

demandadas Indumil Y Misión Temporal. Por secretaría liquídense en la oportunidad procesal incluyendo en ellas la suma de \$123.353,70 en valor cómo se estiman las agencias en derecho. Se confirma en lo demás.

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: MODIFICAR el numeral 6º de la sentencia proferida por por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de febrero de 2022.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a las demandadas Indumil Y Misión Temporal. Por secretaría liquídense en la oportunidad procesal incluyendo en ellas la suma de \$123.353,70 en valor cómo se estiman las agencias en derecho.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás.

Sin costas en la apelación.

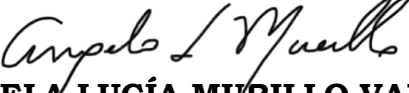
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Radicación n.º 110013105 24 2015 00579 01.

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
024 2015 00579 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 2019 00560 01
DEMANDANTE: ARGEMIRO ARCHILA PINZÓN Y OTROS
DEMANDADO: COINGCO INGENIEROS CIVILES Y AMBIENTALES Y
ARL POSITIVA S.A.

Bogotá, D. C., Treinta (30) de Junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 05 de octubre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la empresa Coingco Ingenieros Civiles y Ambientales desde el 20 de enero de 2015 hasta el 25 de febrero de 2016, así como las lesiones sufridas en la última fecha mencionada fueron por causa de un accidente de trabajo. Como consecuencia, se condene solidariamente a la empresa Coingco Ingenieros Civiles y Ambientales y a la ARL Positiva de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, daño a la salud, perjuicios morales

En respaldo de sus pretensiones, narró que para el mes de Enero de 2015 la empresa Coingco Ingenieros Civiles y Ambientales S.A.S, se encontraba ejecutando el mejoramiento de las vías urbanas en los barrios Villa Madrigal y Pueblito Viejo en el municipio del Socorro, por lo que, el 20 de enero de 2015 lo contrataron de manera verbal como auxiliar o

ayudante de construcción y lo afiliaron al Sistema General de Seguridad Social Integral.

Que durante la ejecución de la relación laboral no le suministraron los elementos de seguridad y protección como arnés, cascos, protectores de rodilla y codo y línea de vida, por lo que, el 25 de febrero de 2016 sufrió una caída en una alcantarilla desde una altura aproximada de 3 metros. De la situación informaron a la ARL Positiva, pero, la misma no le dio ninguna clase de asistencia. Que Porvenir lo remitió a la Junta Regional de Calificación de Invalidez y determinó una PCL equivalente al 34.60% y desde entonces no cuenta con capacidad plena para laborar, por lo que, la empresa le designó labores de vigilancia y bodeguero.

Que producto del accidente fue sometido a una neurocirugía, a mantener cuidados extremadamente especiales y permaneció incapacitado por espacio de 20 meses, así como que se ha convertido en una persona discapacitada que le ha generado enormes daños morales como tristeza, desilusión, congoja y depresión. Que la demandada no le canceló lo concerniente a las prestaciones sociales, así como que presentó reclamación administrativa ante la ARL, la cual dio una respuesta evasiva. (fls. 77 a 80)

Al dar respuesta a la demanda, la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de ocurrencia del accidente del demandante que fue reconocido mediante Dictamen 1267312 de 2016, así como el porcentaje de pérdida de capacidad laboral aclarando que la patología que padece son de origen común y la presentación de la reclamación administrativa. Los demás hechos, expresó que no eran ciertos y que no le constaban. Propuso la excepción previa de Falta de competencia por factor territorial por la naturaleza jurídica de Positiva S.A., y como excepciones de fondo las que denominó como “Atipicidad del artículo 216 del CST para las ARL y la falta de legitimación en la causa por pasiva”, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, y las demás declarables de oficio. (fls. 151 a 170)

Al dar respuesta a la demanda, la empresa Coingco Ingenieros Civiles y Ambientales S.A.S, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó que se encontraba realizando un mejoramiento de las vías urbana en el municipio del Socorro, así como el vínculo laboral de manera verbal con el demandante, pero aclarando, que inició el 22 de febrero de 2016, así como las afiliaciones al Sistema General de Seguridad Social Integral, que el accidente sufrido por el demandante fue informado a la ARL Positiva S.A., Los demás hechos, expresó que no eran ciertos y que no le constaban. Propuso como excepciones, la de prescripción, inexistencia de la obligación, compensación, buena fe y las demás declarables de oficio. En su defensa argumentó que cumplió con las normas de seguridad y salud en el trabajo porque capacitó al demandante y le entregó los elementos de protección personal para el desarrollo de sus funciones. En lo referente al accidente de trabajo señaló que se tropezó con una alcantarilla abierta inobservando las capacitaciones dadas y el procedimiento operativo de pavimento, pues era de conocimiento que se encontraba abierta y no realizó el entablado sobre la boca de pozo, a su vez no informó al jefe de que la alcantarilla se encontraba abierta. (fls. 179 a 218)

Que el Juzgado Segundo Civil del Circuito del Socorro Santander, mediante audiencia llevada a cabo de 06 de junio de 2019, aprobó el acuerdo parcial celebrado entre los demandantes y la empresa Coingco Ingenieros Civiles y Ambientales S.A.S., por concepto de reparación e indemnización por la suma de \$10.000.000 y solicitan que se dé por terminado el proceso con esa empresa. A su vez, declaró probada la excepción previa de falta de competencia por factor territorial por la naturaleza jurídica de Positiva S.A., planteada por la ARL, y remitió las diligencias a los jueces laborales del circuito. (fls. 245 a 249)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 05 de octubre de 2021, resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de fondo denominadas inexistencia de la obligación y falta de título y causa.
SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.
TERCERO: Sin costas.
CUARTO: En caso de no ser apelada, consúltese con el superior.*

Como sustento de su decisión, señaló que el origen de la pérdida de capacidad laboral determinado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander es de origen común y laboral.

III. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si el accidente sufrido por el accionante el 25 de febrero de 2016 es considerado como de origen laboral.

Prestaciones a cargo de las Administradoras de Riesgos Laborales

El artículo 1º de la Ley 776 de 2002, menciona que:

Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley.

Así mismo, el párrafo 2º de la norma en mención establece que las prestaciones asistenciales o económicas derivadas de un accidente de trabajo o enfermedad laboral serán reconocidas y pagadas por la Administradora de Riesgos Laborales – ARL – en la cual se encuentre afiliado el trabajador al momento de ocurrir el accidente o requerir la prestación.

Se debe destacar que el inciso 3º del párrafo 2º del mismo artículo, determina que:

Para enfermedad profesional en el caso de que el trabajador se encuentre desvinculado del Sistema de Riesgos Profesionales, y la enfermedad sea calificada como profesional, deberá asumir las prestaciones la última administradora de riesgos a la cual estuvo vinculado, siempre y cuando el origen de la enfermedad pueda imputarse al período en el que estuvo cubierto por ese Sistema.

Sin embargo, para que las ARL puedan asumir las prestaciones o servicios que se deriven del evento, es necesario que previamente se califique el origen de la contingencia. El artículo 12 del Decreto – Ley 1295 de 1994, en concordancia con el artículo 6º del Decreto 2463 de 2001 y los lineamientos descritos en la Ley 776 de 2002 establecen el procedimiento para la respectiva calificación.

A grandes rasgos, puede indicarse que a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las ARL, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, corresponde calificar en primera oportunidad el estado de invalidez. Por su parte, las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez lo harán en primera instancia, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

En el presente caso, los demandantes pretenden que se condene a la ARL Positiva S.A., a reconocer y pagar la indemnización permanente parcial producto del accidente ocurrido el 25 de febrero de 2016.

Que mediante dictamen 91102642 – 1660 de 10 de agosto de 2018, expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, determinó que el señor Argemiro Archila Pinzón tenía una pérdida de capacidad laboral equivalente al 34.60% con fecha de estructuración de 22 de mayo de 2018 de origen común. (fls. 29 a 32, PDF Pruebas Positiva)

Por lo tanto, no resulta posible emitir algún tipo de condena en contra de la ARL Positiva S.A., por cuanto, el origen de las patologías que padece el accionante fueron calificadas como de origen común, y no se observa dentro del expediente que el accionante haya presentado recurso

de apelación contra el anterior dictamen para que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez modificara el origen de las patologías.

De conformidad con las anteriores consideraciones, surtido el grado de jurisdicción de consulta en favor de las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario, la Sala confirma la decisión analizada.

Sin costas en el grado de jurisdicción 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 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 05 de octubre de 2021

SEGUNDO: Sin costas en el grado de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

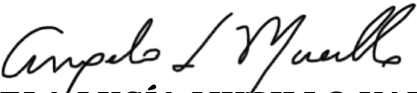
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

Radicación n.º 110013105 035 2019 00560 01.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
035 2019 00560 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 35 2019 00781 01.
DEMANDANTE: SANDRA MILENA BELTRÁN FLOREZ
DEMANDADO: HERNÁN DARÍO SARMIENTO SÁNCHEZ

Bogotá, D. C., Treinta (30) de Junio 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 09 de mayo de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo con el señor Hernán Darío Sarmiento Sánchez desde el 10 de diciembre de 2016 hasta el 25 de febrero de 2018, así como que la relación laboral terminó de manera unilateral sin una justa causa comprobada. Como consecuencia, se condene al demandado al reintegro, así como al pago de las prestaciones sociales, el trabajo suplementario, sanción moratoria por la falta de pago de las cesantías, de salarios y prestaciones sociales, pago de la indemnización por terminación de contrato de trabajo sin justa causa, dotación y servicios, aportes al Sistema General de Seguridad Social, intereses corrientes y moratorios con los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, narró que ingresó a laborar con el señor Hernán Darío Sarmiento Sánchez el 10 de diciembre de 2016 mediante un contrato verbal para el cargo de cocinera en el establecimiento comercial Rico Mac Pollo Sarmiento hasta el 25 de febrero

de 2018. Que durante la relación laboral no la afiliaron al Sistema General de Seguridad Social y que solicitó el pago de sus acreencias laborales y el demandado ha hecho caso omiso. (fls. 7 a 18)

El señor Hernán Darío Sarmiento Sánchez contestó la demanda mediante curador ad litem rechazó el éxito de las súplicas. De los hechos expresó que ninguno le consta. Propuso como excepciones, las que denominó como inexistencia del derecho al reconocimiento del contrato de trabajo, pago de prestaciones sociales, indemnizaciones y aportes al Sistema General de Seguridad Social, falta de causa para pedir, prescripción y cualquier otra que encuentre probada de oficio. Argumentó que no se encuentran demostrado un contrato de trabajo, sino, por el contrario, una relación civil y/o comercial, por lo que, no puede derivarse ningún tipo de responsabilidad laboral. Que le corresponde a la demandante demostrar los supuestos facticos que demanda

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 09 de mayo de 2022, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probada de manera parcial la excepción de cosa juzgada conforme a la parte motiva de la presente providencia, en cuanto a que las partes hicieron una transacción respecto de derechos inciertos y discutibles.

SEGUNDO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo del 1 de enero de 2018 al 31 de diciembre de 2018 entre Sandra Milena Flórez y Hernán Darío Sarmiento Sánchez, con una remuneración mensual de \$1.260.000

TERCERO: se CONDENA al señor Hernán Darío Sarmiento Sánchez a pagas de los derechos ciertos e indiscutibles derivados de la citada relación laboral, que se relacionan por los siguientes conceptos, subsidio de transporte \$1.058.532, prima de servicio \$1.260.000, cesantías \$1.260.000, intereses cesantías \$151.200, vacaciones \$630.000, para un gran total de \$4.359.732

CUARTO: se CONDENA al pago de la suma indicada actualizada conforme al IPC del año en que se produzca el pago, es decir indexado.

QUINTO: se declara que el empleador no realizó los aportes al sistema de seguridad social en pensiones y por lo tanto se

condenará a efectuar las cotizaciones al fondo de pensiones dispuesto por la demandante conforme al cálculo actuarial que ese determine para el periodo comprendido del 1 de enero de 2018 al 31 de diciembre de 2018.

SEXTO: ABSOLVER al señor Hernán Darío Sarmiento Sánchez de las demás pretensiones reclamadas de acuerdo con lo indicado en la parte motivo de esta providencia.

SÉPTIMO: se CONDENA en costas al demandado Hernán Darío Sarmiento Sánchez, por tanto, se fija a su cargo la suma de \$500.000 como agencias en derecho

Básicamente, señaló que la demandante demostró la existencia de un contrato de trabajo con el señor Hernán Darío Sarmiento Sánchez. Así como que no encontró probada que el vínculo laboral terminó sin justa causa, así como un motivo para ordenar el reintegro, pero si, que debía reconocer lo relacionado con salarios y prestaciones sociales por el tiempo laborado, así el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social por la falta de afiliación

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada apeló lo resuelto.

La accionada argumentó que, no se encuentran acreditados elementos para la declaratoria de un contrato de trabajo, teniendo en cuenta la transacción que suscribieron las partes donde se estableció que entre las mismas existió fue una relación de índole civil y/o comercial entre las partes y que en ningún momento se pueden atribuir o extender interpretaciones frente a este acuerdo transaccional.

IV. CONSIDERACIONES

Por lo que corresponde a la Sala definir si le asiste razón al recurrente acerca de la inexistencia de un contrato de trabajo entre la señora Sandra Milena Beltrán Flórez y el señor Hernán Darío Sarmiento Sánchez.

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

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

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

Acerca del contrato de transacción, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 050 – 2023, Radicado 85.364 de 24 de enero de 2023; MP Dra. Dolly Amparo Caguasango

Villota, acerca de los requisitos para la aprobación de la transacción, recordó lo siguiente: *“Es necesario destacar que existen unos presupuestos cuyo cumplimiento es indispensable para que proceda la aprobación de la transacción, esto es, que: (i) exista entre las partes un derecho litigioso eventual o pendiente de resolver; (ii) el objeto a negociar no tenga el carácter de un derecho cierto e indiscutible; (iii) el acto jurídico sea producto de la voluntad libre de las partes, es decir, exenta de cualquier vicio del consentimiento, y (iv) lo acordado genere concesiones recíprocas y mutuas para las partes (CSJ AL607-2017), o no sea abusiva o lesiva de los derechos del trabajador.”*

Al amparo de lo expuesto, se procede al análisis de las pruebas arrojadas al plenario, en el que se verifica que, durante el transcurso del proceso, se aportó un contrato de transacción donde las partes, en un principio, habían decidido poner fin a la controversia judicial, sin embargo, la demandante posteriormente, presentó un escrito donde informaba que no se tuviera en cuenta el mencionado contrato, teniendo en cuenta que el mismo se había suscrito producto con engaño por parte del señor Hernán Darío Sarmiento Sánchez.

Aunque en el mismo escrito en principio no se aceptó la relación laboral entre las partes, al escucharse la declaración de la demandante, esta manifestó que durante el 10 de diciembre de 2016 hasta el 25 de febrero de 2018 prestó servicios para el demandado en el establecimiento comercial Rico Mac Pollo, en principio como cocinera y luego como de oficios varios, así como que durante ese periodo no laboró para ninguna otra persona. De igual manera, que la relación laboral se terminó porque el señor Hernán Darío Sarmiento Sánchez *“la echó... porque su abuela se enfermó gravemente... entonces él dijo que no que si yo no iba a trabajar pues entonces que no volviera”*

Analizados los medios de prueba antes señalados, conforme al artículo 61 del Código de Procedimiento del Trabajo, estima la Colegiatura que la demandante demostró que prestó servicio a señor Hernán Darío Sarmiento Sánchez., como cocinera y luego en oficios varios en el periodo comprendido durante el 10 de diciembre de 2016 hasta el 25 de febrero de

2018. A su vez, se observa que la relación laboral se terminó sin una justa causa comprobada. Por lo que, el argumento del curador ad litem atinente a que la relación que existió fue una regida por el derecho civil y comercial no resulta de recibo, por cuanto, al practicarse el interrogatorio de parte la demandante manifestó la prestación del servicio al demandado, la forma en que ejercía la subordinación y que le pagaba diariamente.

En consecuencia, el recurso de alzada no tiene vocación de prosperidad y se deberá confirmar lo resuelto por el Juzgado 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 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 09 de mayo de 2022.

Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



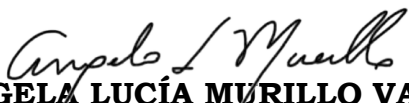
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



Magistrado

Radicación n.º 110013105 35 2019 00781 01.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
035 2019 00781 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 001 2016 00060 01.
DEMANDANTE: ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide del recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de septiembre de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar el retroactivo de la pensión de vejez concedida al señor Dagoberto Orozco González por el periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 2011 al 31 de Julio de 2013, en cuantía de \$75'338.576, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o de manera subsidiaria la indexación de las sumas adeudadas, los demás derechos a reconocer conforme a las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que Dagoberto Orozco González prestó sus servicios a Electrificadora de la Costa Atlántica hoy Electricaribe S.A. E.S.P., del 28 de noviembre de 1977 hasta el 31 de diciembre de 1998, lo que conllevó mediante acta de conciliación de esa última data, a la referida Electrificadora, a reconocer pensión voluntaria anticipada y temporal por vejez, a partir de 1º de enero de 1999, señalando

expresamente la compartibilidad de la prestación, en cuanto se indicó, que dicho reconocimiento sería efectivo hasta que cumpliera los 60 años de edad, o hasta el momento en que el Instituto de Seguros Sociales, o quien hiciera sus veces, le concediera una pensión legal de vejez o sobrevivientes.

Electricaribe S.A. E.S.P. se encuentra registrada como empleador ante Colpensiones, por lo que el trabajador fue inscrito al ISS para el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, tanto al momento de la causación de la pensión voluntaria, como de la legal, pues con posterioridad al reconocimiento de la primera, la empresa continuó efectuando la totalidad de los aportes a pensión para compartir posteriormente la obligación de pago de la prestación con Colpensiones

Que Dagoberto Orozco González nació el 18 de diciembre de 1951, por lo que cumplió 60 años de edad el mismo día y mes del año 2011, data para la cual contaba con las semanas para acceder a la pensión de vejez conforme lo dispone el Decreto 758 de 1990, por lo que mediante Resolución GNR 197030 de 31 de julio de 2013 Colpensiones le reconoció la prestación, en cuantía inicial de \$3.748.532, a partir de 9 de julio de 2013; confirmada mediante Resolución No. VPB 5809 del 231 de julio de 2014.

Menciona que Colpensiones no tuvo en cuenta que debió reconocer la pensión desde el 18 de diciembre de 2011, momento en que se consolidó el status de pensionado y, que desconoció el carácter compartido de la pensión y el hecho que la entidad empleadora continuó con el pago de la pensión convencional entre el 18 de diciembre de 2011 y el 30 de julio de 2013. El 22 de diciembre de 2015, radicó reclamación administrativa (archivo 003, fl. 1 a 8).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a todas las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la vinculación laboral de Dagoberto Orozco González con Electricaribe S.A. E.S.P., la pensión voluntaria, anticipada y temporal por vejez reconocida, de naturaleza compartida, que la empresa se encuentra inscrita como empleadora, que el señor Orozco González se encontraba afiliado para los riesgos de IVM, y

que cumplió 60 años de edad el 18 de diciembre de 2011. Respecto a los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle. En su defensa, propuso la excepción previa de falta de integración del contradictorio o integración del Litis consorcio necesario con el pensionado y, las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, inexistencia de intereses moratorios, buena fe de Colpensiones, prescripción y, la innominada o genérica. Para enervar las pretensiones, adujo que, al no haberse establecido quien es el beneficiario del retroactivo en un acto administrativo que reconoce la pensión, no puede reconocerlo, por tanto, se deja en suspenso hasta tanto el trabajador no de la autorización de pago al empleador (archivo 010, fls. 1 a 8).

Mediante auto de 26 de septiembre de 2016, se dispuso vincular al proceso en calidad de litis consorte necesario por pasiva a Dagoberto Orozco González (archivo 005), el cual fue emplazado mediante auto de 2 de diciembre de 2016 (archivo 014). A través de curador *ad litem* se dio contestación a la demanda con la no aceptación de ninguno de los hechos al no constarle y manifestando en su defensa que, es simplemente un tercero, a quien los efectos materiales de la sentencia no pueden afectarlo (archivo 022). Se verifica que la parte interesada realizó las publicaciones correspondientes según se lee en el archivo 016, folio 2, del expediente digitalizado.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 9 de septiembre de 2022, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES, a reconocer y pagar a ELECTRICARIBE S.A. ESP EN LIQUIDACIÓN la suma de \$75.338.576, de manera indexada desde el 01 de agosto de 2013 y hasta cuando se haga el pago efectivo del mismo conforme al IPC certificado por el DANE, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la Administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES y a DAGOBERTO OROZCO GONZÁLEZ, de las demás pretensiones elevadas por la sociedad actora.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones invocadas por la parte pasiva, conforme la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a COLPENSIONES en la suma única de \$4.000.000 y a favor de la demandante.

QUINTO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.

SEXTO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

En sustento de su decisión, señaló que la pensión reconocida a Dagoberto Orozco González tiene el carácter de compartida y por ello, al haber mantenido el empleador el pago de la mesada, el retroactivo no le pertenece al afiliado sino a quien lo cubrió sin estar obligado a ello. Concluyó que no se dan los presupuestos legales para condenar a Colpensiones a reconocer intereses moratorios, porque simplemente se está reconociendo el pago de mesadas asumidas por el empleador.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

La demandante Electricaribe S.A. E.S.P., suplica que la sentencia debe ser modificada y reconocerse los intereses moratorios, pues el retroactivo pensional corresponde a la pensión de vejez reconocida bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 y, la condena se refiere a las mesadas pensionales de carácter legal causadas por la pensión legal de vejez y que pagó Electricaribe sin estar obligada a ello, en virtud de su compartibilidad. En su defecto, la condena por indexación debe serlo por las mesadas de 18 de diciembre de 2011 al 31 de julio de 2013, pues debe recaer sobre la fecha en que se realizó el pago efectivo de cada mesada pensional.

Por su parte, Colpensiones imploró que la sentencia debe ser revocada, dado que, para para que proceda a reconocerse la prestación compartida y girar el retroactivo a partir de la fecha en que cumplió el estatus, al empleador Electrificadora del Caribe SA ESP, se debe solicitar autorización a la persona que lo está recibiendo, para revocar el acto administrativo, sin que se tenga al momento.

IV. DE LA 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.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si la demandada debe ser condenada a pagar a la accionante el retroactivo pensional debidamente indexado en la suma de \$75.338.576, correspondiente a mesadas reconocidas al pensionado Dagoberto Orozco González.

Para dilucidar el asunto, se advierte probado que la Electrificadora de la Costa Atlántica hoy Electricaribe S.A. E.S.P., mediante acuerdo conciliatorio, reconoció pensión voluntaria temporal a Dagoberto Orozco González, a partir del 1 de enero de 1999, tras haber prestado sus servicios del 28 de noviembre de 1977 al 31 de diciembre de 1998 (archivo 003, fls. 10 a 12). Igualmente, está probado que Colpensiones mediante Resolución GNR 197030 de 31 de julio de 2013 reconoció a Orozco González la pensión de vejez en aplicación del Decreto 758 de 1990, a partir de 9 de julio de 2013, en cuantía inicial de \$3'748.532, decisión confirmada por acto administrativo VPB 5809 de 24 de abril de 2014 (archivo 003, fls. 71 a 76 y 77 a 79).

i) De la compartibilidad pensional

Respecto de la compartibilidad pensional el artículo 5º del Acuerdo 029, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, consagra esa posibilidad para los empleadores inscritos al Instituto de Seguros Sociales que a partir de la fecha de publicación del mismo, otorguen pensiones de jubilación reconocidas en convención, pacto, laudo arbitral o voluntariamente, siempre que continuaran cotizando para los riesgos de invalidez, vejez y muerte hasta el momento en que los afiliados cumplieran los requisitos exigidos por el Instituto, para que a partir de ese momento

los empleadores solamente tuvieran a su cargo el mayor valor respecto de la pensión que venían recibiendo.

Posteriormente, con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, se dispuso que la compartibilidad pensional no operaría cuando en la convención, pacto, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se dispusiera expresamente.

Sobre el tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4080-2018, sostuvo que:

«Desde el punto de vista jurídico, propio de ambos cargos, el Tribunal no incurrió en error alguno al sostener que las pensiones convencionales reconocidas con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, son, en principio, compartidas con las que reconoce el Instituto de Seguros Sociales, salvo que se exprese en ellas mismas que son compatibles. Tal orientación es la que se deriva expresamente de lo plasmado en el artículo 5 de la referida normativa y es la que ha mantenido de manera invariable esta Corporación a través de su jurisprudencia (Ver las sentencias CSJ SL13190-2015 y CSJ SL498-2016, entre muchas otras)».

En el caso bajo examen, la pensión plena de jubilación fue concedida por el empleador a partir de 1 de enero de 1999, además, de la lectura del acta de conciliación de 31 de diciembre de 1998, se evidencia que en ninguno de sus apartes queda consignado que la prestación tuviera el carácter de compatible (archivo 003, fls. 10 a 12). Igualmente, aunque fue convocado a juicio Dagoberto Orozco González y su defensa se da mediante curador *ad litem*, no se ha alegado que la pensión reconocida por el empleador tuviera su fuente el carácter de compatible.

De otro lado, se evidencia que en cumplimiento al artículo 5º del Decreto 813 de 1994, Electricaribe S.A. E.S.P. continuó realizando cotizaciones a Colpensiones en favor del señor Dagoberto Orozco González, hasta el 31 de agosto de 2013, por lo que alcanzó a lo largo de su vida laboral 1.986,48 semanas de cotización, según se corrobora del reporte allegado por la demandada (expediente administrativo, archivo 032, fl. 199 a 200).

En ese horizonte, como quiera que la prestación fue otorgada por la demandante al señor Dagoberto Orozco González con posterioridad al 17 de octubre de 1985, habrá de tenerse como compartida. En consecuencia, Electricaribe S.A. E.S.P., tiene a su cargo únicamente el mayor valor o diferencia entre la pensión que venía pagando y la reconocida por Colpensiones.

Así mismo, como Orozco González nació el 18 de diciembre de 1951 (expediente administrativo, fl. 27), se advierte que alcanzó los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2011, por lo que a partir de este momento debió reconocérsele la pensión de vejez por parte de Colpensiones, pues para esta data superaba ampliamente las 1.000 semanas de cotización, ya que no se puede perder de vista que acredita a lo largo de su vida laboral 1.986,48 semanas.

Ahora, en cuanto al disfrute de la prestación, conviene traer a colación el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, el cual dispone que: *“la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”* (Subrayado fuera de texto).

Igualmente, el artículo 35 del citado precepto legal, señala que *“Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, **previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión** el Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona.”* (Negrila fuera de texto original).

En ese horizonte, existe una clara diferencia entre la causación del derecho a la pensión y el disfrute de las mesadas pensionales, dado que el primer evento, se suscita en el momento en que el afiliado reúne los requisitos para acceder a la prestación, es decir, que se configura cuando

el asegurado arriba a la edad mínima requerida y también acumula la densidad de semanas exigidas, según el régimen pensional que le sea aplicable, de modo que al concurrir el cumplimiento de éstos dos requisitos se causa el derecho a la pensión. Entre tanto, el disfrute opera previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutarla.

Al amparo de las anteriores reflexiones, en el caso concreto se advierte conforme al reporte actualizado al 6 de julio de 2016, allegado por la demandada, que el señor Orozco González cotizó a lo largo de su vida laboral 1.986,48 semanas y que Electricaribe S.A. E.S.P. realizó la última cotización para el ciclo de agosto de 2013 con un IBC de \$3.725.000 (expediente administrativo, archivo 032, fl. 200 a 208).

No obstante, Colpensiones mediante Resolución GNR 197030 reconoció la pensión de vejez a Dagoberto Orozco González a partir de 9 de julio de 2013, y al realizar el estudio del derecho únicamente tuvo en cuenta 1.724 semanas acumuladas hasta el **31 de diciembre de 2008**, sin explicar el por qué la prestación no fue reconocida a partir del momento en que el afiliado Orozco González alcanzó los 60 años de edad, esto es, el 18 de diciembre de 2011 y teniendo en cuenta al menos las cotizaciones realizadas hasta esta calenda por Electricaribe S.A. E.S.P. que hubiere resultado más favorable a esta entidad de cara a la compartibilidad pensional, asunto sobre el cual en todo caso no puede pronunciarse la Sala pues no fue materia del presente proceso.

Así las cosas, es claro que Colpensiones, no tomó en consideración las cotizaciones realizadas por Electricaribe S.A. E.S.P. con posterioridad al 18 de diciembre de 2011, fecha en que se causó el derecho a la pensión de vejez, por lo que procede el reconocimiento del retroactivo pensional a partir de la data en que el afiliado alcanzó los 60 años de edad y hasta el 31 de julio de 2013, cuando Orozco González empezó a disfrutar de la pensión otorgada por la demandada.

ii) Del recurso de apelación de la parte demandante

Argumenta la parte demandante en la apelación que la demandada debe ser condenada a reconocerle y pagarle también, intereses moratorios, pues el retroactivo pensional corresponde a la pensión de vejez reconocida bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 y, la condena se refiere a las mesadas pensionales de carácter legal.

Pues bien, 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 la Ley 700 de 2001 contados contados a partir de la radicación de la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

Bajo el anterior precepto, considera la Sala que no resulta procedente el reconocimiento y pago de intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, en el presente asunto en favor de la empresa demandante, pues una vez solicitada la pensión de vejez por el afiliado Dagoberto Orozco González, el 27 de marzo de 2013, la entidad de administradora de seguridad social Colpensiones procedió a reconocerla mediante Resolución GNR 197030 del 31 de julio de 2013, esto es encontrándose dentro del término legal que le concede la ley para el efecto; sin que el derecho aquí pretendido, cause intereses moratorios en favor de la empresa demandante por el retroactivo que no se le reconoció directamente por la administradora.

Cumple precisar que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del parágrafo tercero del artículo 33 de la ley 100 de 1993, señala

que “Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.”

En el caso que ocupa la atención del Tribunal, no se encuentra demostrado que la demandante haya solicitado el reconocimiento de la pensión en favor del señor Dagoberto Orozco González, menos aún que se hubiere elevado la solicitud a la administradora indicándole o poniéndole de presente el carácter compartido de la prestación, antes del 22 de diciembre de 2015 y, que ésta por negligencia o descuido haya desatendido la observación, girando el valor de las mesadas causadas a partir de 9 de julio de 2013 al pensionado.

De otra parte, en lo que respecta a la condena por indexación, baste con precisar que la misma procede a fin de resarcir la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, sobre el total de las sumas adeudadas, que para el sub lite resulta ser el valor total ordenado por concepto de retroactivo pensional solicitado en el numeral primero de las pretensiones de la demanda, esto es, por el valor total de las mesadas causadas entre el 18 de diciembre de 2011 al 31 de julio de 2013, y, por el que el a quo ordenó pagar a cargo de Colpensiones, pues la condena por indexación resulta ser accesoria a la principal de retroactivo.

Cumple recordar a la demandante, que el presente asunto recae sobre un retroactivo generado en virtud de la compartibilidad de una pensión, mas no se trata de mesadas pensionales adeudadas por falta de reconocimiento de la prestación a un afiliado. De esta manera, no hay lugar a modificación alguna por este concepto.

Sin costas en la consulta y en la instancia.

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 09 de septiembre de 2022 por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

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 001 2020 00478 01
DEMANDANTE: LUIS EDUARDO VALENZUELA GARZON
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de marzo de 2023. 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 a partir de octubre de 1995 sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordené a la AFP Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de aportes pensionales juntos con los rendimientos financieros y, de ser el caso, el valor del bono pensional hasta la fecha de devolución efectiva de tales aportes a Colpensiones y; a esta última, a recibirlos, junto con los rendimientos financieros a nombre de la señora Vélez Perdomo; de igual manera, al reconocimiento y pago de pensión de vejez al actor. Así mismo, se condene a los fondos al pago de las costas procesales y a lo ultra y extra Petita.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 24 de febrero de 1958; se afilió al sistema régimen de prima media a través del ISS el 23 de

febrero de 1981 y 30 de abril de 1995. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Protección S.A desde el 01 de octubre de 1995 efectuando cotizaciones de manera continua hasta febrero de 1998. El actor realizó un nuevo traslado a la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir el 24 de febrero de 1998. Aduce que no recibió información detallada, clara, suficiente, transparente, calificada, objetiva, comprensible y comparada sobre las características de los dos regímenes pensionales (RPMPD y RAIS) y las consecuencias de su traslado de régimen por parte de las AFPs. Manifiesta que no le informaron sobre el derecho de retracto, ni le realizaron una proyección pensional en el momento de los traslados para tomar una mejor decisión. Elevó solicitud a las demandadas, obteniendo respuesta negativa. En el año 2020 contaba con 62 años y con las semanas requeridas para pensionarse en el RPM (expediente digital, carpeta 1, archivo 05, fls. 4 a 25).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante, su afiliación al ISS, la edad de 62 años para el 2020 y, la petición elevada con su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la afiliación del demandante al RAIS, se realizó con plena voluntad, suscribiendo los formularios para efectuarlo, voluntad que se vio ratificada por más de 24 años en que ha realizado cotizaciones a ese régimen; el accionante está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. Aduce que no es válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado y; que sobre el afiliado también recaía su deber de información (expediente digital, carpeta 1, archivo 14 fls. 2 a 26).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió data de nacimiento del demandante, el traslado a esta AFP, la edad de 62 años para el 2020, y la petición elevada con su respectiva respuesta. Frente a los demás hechos manifestó 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 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de la totalidad de los aportes a la AFP Porvenir y las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM y por el contrario, se vinculó a otra administradora de fondos de pensiones privadas (expediente digital, carpeta 1, archivo 09 fls. 3 a 21).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del demandante, la afiliación con esta AFP, la edad de 62 años para el 2020, las semanas de cotización, y la reclamación de traslado al RPM. Frente a los demás hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. 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 forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; que el demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias;

que durante su vinculación como afiliado de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad de hacerlo (expediente digital, carpeta 1, archivo 08 fls. 2 a 31).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 27 de marzo de 2023 (expediente digital, carpeta 1, archivo 23), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen Pensional del demandante señor Luis Eduardo Valenzuela Garzón, identificado con la C.C. No. 19.361.953, a través de los fondos privados administrados en este caso y por los demandados Protección S.A. y Porvenir S.A., conforme a lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada Colpensiones autorizar el traslado Pensional del demandante Luis Eduardo Valenzuela Garzón, de condiciones civiles indicadas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a las demandadas Protección S.A. y Porvenir S.A. trasladar con destino a Colpensiones los aportes efectuados por el demandante Luis Eduardo Valenzuela Garzón, identificado con la C.C. No. 19.361.953 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas, valores en este caso utilizados en seguros previsionales debidamente indexados conforme a sus propias utilidades, y en este caso por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado a cada una de las administradoras de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; conforme todo lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada Colpensiones, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: Respecto a la pensión de vejez de demandante, deberá acreditar su desafiliación al sistema, para ir a la entidad de seguridad social, en este caso Colpensiones, a fin de que se proceda a su reconocimiento pensional, conforme a lo expuesto en la parte motiva en la presente decisión judicial.

SEXTO: DECLARAR no probadas todas las excepciones formuladas por las partes demandadas conforme a lo expuesto en precedencia.

SEPTIMO: Sin costas para ninguna de las partes en la primera instancia judicial.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP omitió el deber de información con el aquí demandante, quien de haber sido informado de las desventajas del cambio de régimen pensional no tendría que verse en la

necesidad de acudir a los estrados judiciales en procura de evitar un perjuicio irremediable.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, recurrieron la sentencia.

Protección manifestó que traslado de manera oportuna a Porvenir todo cuanto componía su cuenta de ahorro individual y los rendimientos del demandante por lo cual no cuenta con saldos adicionales a favor de la administradora o a favor del demandante.

La AFP Porvenir S.A. solicita se revoque la condena teniendo en cuenta que se cumplió a cabalidad con el deber de información vigente para la época, sin que sea dable exigir requisitos adicionales a los vigentes para la época del traslado, como se demuestra con el formulario de afiliación que comportaba tales efectos jurídicos. Rechaza la condena por devolución de gastos de administración y seguros previsionales de forma indexada, por cuanto estos emolumentos no corresponden a dineros destinados a financiar la pensión del demandante; finalmente, que con el traslado de los rendimientos afecta el patrimonio del fondo.

Colpensiones aduce que no se cumplen los requisitos para la procedencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues no existió el engaño que se predica en su escrito libelar. Se debe tener en cuenta la prohibición legal de traslado en que se encuentra inmersa la demanda en razón a la edad. Por otra parte, para esta entidad es insostenible recibir una persona que no ha estado dentro del RPM por más de 20 años y estaría en contravía de la sostenibilidad financiera del sistema tal como lo estipula el artículo 48 de la Constitución Política, descapitalizando el sistema de Seguridad Social, dejando en desventaja a las personas que han permanecido dentro de este régimen las cuales se encuentran en igualdad de condiciones.

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 al Instituto de Seguros Sociales desde el 23 de febrero de 1981 al 30 de abril de 1995 (expediente digital, carpeta 1, archivo 14, fl. 759), migró al RAIS, a través de la AFP Protección S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación el 11 de octubre de 1995 (expediente digital, carpeta 1, archivo 9, fl. 22); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., a partir del 24 de febrero de 1998 (expediente digital, carpeta 1, archivo 8, fl. 32).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que en su lugar de trabajo hubo una reunión con los asesores de Protección, quienes les informaron que el ISS se iba acabar por lo cual debían trasladarse al RAIS. Aduce que él firmó los formularios de afiliación de manera voluntaria pero que no le brindó información, ya que venían diligenciados con anterioridad. Manifiesta que no recibió información clara y suficiente sobre el régimen, ni sobre los rendimientos o bonos pensionales. Afirma que no actualizó información durante el tiempo que cotizó con las AFPs y que recibía los extractos, pero no con frecuencia. Quiere devolverse a

Colpensiones porque al acercarse a las oficinas de la AFP Porvenir se dio cuenta que su pensión no iba a ser beneficiosa y no le iba alcanzar para suplir sus necesidades por lo cual se siente sorprendido y desilusionado.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera 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 S.A faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

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 confirmará en este aparte, pero se adicionará en el sentido de 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 las 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). Por tanto, la sentencia se confirmará en este aparte, e igualmente se adicionará en cuanto a 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).

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. Por lo tanto, la sentencia se confirmará en este aparte.

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 el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de abril de 2023, en el sentido de indicar que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



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 003 2019 00775 01.
DEMANDANTE: JESUS MARIA GAITÁN.
DEMANDADO: SILVESTRE GOMEZ.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de septiembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante convocó a juicio al demandado para que se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal, a término indefinido, terminado por causa imputable al empleador; en consecuencia, se condene al pago de cesantías, intereses de cesantías, primas de servicio, vacaciones, sanción por no pago de cesantías, indemnización moratoria, indemnización por terminación del contrato sin justa causa; el cálculo actuarial por aportes a pensión; aportes a seguridad social en salud, riesgos profesionales y subsidio familiar; indexación; los intereses moratorios; costas y; las demás condenas *extra y ultra petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que laboró mediante contrato a término indefinido de carácter verbal, para el demandado, del 5 de febrero de 1995 al 30 de septiembre de 2017, en la fama de carnes “*la esperanza*” ubicado la plaza distrital mercado Las Flores, de Bogotá; desempeñando las funciones de ayudante de carnicería y auxiliar general,

como despostando-despresando novillos, marranos, chivos, corderos, ventas, repartiendo domicilios, aseo del local, entre otros. Aduce que la prestación del servicio fue personal, cumpliendo un horario de domingo a domingo, de 5:30 a.m. a 3:30 p.m., bajo subordinación y, devengando el salario mínimo legal mensual vigente. Manifiesta que durante la relación laboral no se le cancelaron las acreencias laborales ahora pretendidas. El 27 de diciembre de 2018, por medio de la defensoría del pueblo, elevó petición al demandado, sin obtener respuesta (fls. 4 a 16).

Al contestar el demandado se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió no haber reconocido ninguna acreencia laboral al demandante, la petición del actor y su falta de respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de falta de causa, inexistencia de la obligación, inexistencia de relación laboral, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa y, las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones de la demanda, manifestó que nunca se generaron los elementos de un contrato de trabajo, pues lo que existió fue un acuerdo societario entre las partes, en el que primaban la independencia y autonomía; no existió horario ni subordinación, pues cada uno compraba su ganado y vendía su carne, generando apoyo mutuo, pero nunca con visos de empleador y trabajador (fls. 28 a 51).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de septiembre de 2021 (archivo 005), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante Jesús María Gaitán y el demandado Silvestre Gómez existió un contrato de trabajo realidad verbal a término indefinido, que inició el 31 de diciembre de 1997 y finalizó el 1º de septiembre del año 2017, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por el demandado Silvestre Gómez, todo de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR al demandado Silvestre Gómez en favor del demandante Jesús María Gaitán al pago de las siguientes sumas por los conceptos que se establecen de la siguiente manera:

- Por concepto auxilio de Cesantías, la suma de \$8.800.033
- Por concepto de intereses sobre las cesantías, la suma \$115.414

- Por concepto de prima de servicios, la suma de \$1.147.589
- Por concepto de vacaciones, la suma de \$966.204

Sumas éstas que deberán ser debidamente indexadas a partir del 2 de septiembre de 2017 y hasta la que se haga efectivo el pago, dando aplicación a los principios de equidad y justicia.

CUARTO: CONDENAR al demandado Silvestre Gómez a favor del demandante al pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por el período comprendido entre el 31 de diciembre 1997 y el 1º de septiembre del año 2017, previo cálculo actuarial que deberá efectuar el fondo o administradora de pensiones al cual se encuentre afiliado el demandante, o al que éste indique; liquidación que se hará teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad. Todo conforme la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ABSOLVER al demandado Silvestre Gómez de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante.

SEXTO: CONDENAR al demandado Silvestre Gómez por concepto de COSTAS y agencias, las cuales se tasan en esta misma diligencia por la suma de \$1.500.000.

En lo fundamental, señaló que se acreditó la prestación personal del servicio por parte del actor en favor del demandado, conllevando a la presunción establecida en el artículo 24 del código sustantivo del trabajo; sin que se haya desvirtuado el elemento de la subordinación, como principal característica propia de los contratos de trabajo. Asimismo, pese a no obrar prueba que acreditara los extremos de la relación laboral, los determinó en forma aproximada, con apoyo en la doctrina del precedente vertical emanado de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandado apeló lo resuelto. Solicitó se reevalúen, revisen y tengan en cuenta las declaraciones de los testimonios, toda vez que considera que el Juez subvaloró los testimonios de la parte demandada y, valoró sobremanera los de la parte demandante, sin tener en cuenta las contradicciones de esos testigos; asimismo, resalta que la declaración de Cindy Gaitán, hija del demandante, estuvo presente en el momento de la declaración de parte del actor, aunado a que contaba con 10 años de edad para la fecha de los supuestos hechos que declaró, lo que deja entrever muy claramente su discordancia con la realidad. Indica que no existe confusión en el tipo de contrato existente, pues está claramente determinado desde la contestación de la demanda, que inicialmente era una sociedad que terminó en septiembre del 2017 y, que posteriormente, el hijo del actor tomó el local en arriendo, para continuar la gestión que

venía realizando con su padre; por lo que fueron dos tipos de contratos diferentes. Había autonomía e independencia de parte del actor cuando compraba el ganado a los testigos. Finalmente arguye que, sin que se reconozca la existencia de un contrato laboral, debe aplicarse la prescripción trienal también sobre las cesantías.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Colegiatura desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, y en tal sentido, definir si es procedente declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo y, si en consecuencia tiene derecho al pago de las acreencias laborales reclamadas en el libelo introductorio.

(i) Del contrato realidad

Arguye el demandante haber estado vinculado con el demandado, mediante contrato de trabajo a término indefinido, del 5 de febrero de 1995 al 30 de septiembre de 2017, como ayudante de carnicería y auxiliar general. Por su parte, arguye el demandado que no existió una relación laboral, sino por el contrario, existió un acuerdo societario con el demandante, para trabajar comprando ganado caprino, porcino y vacuno, para venderlo en el local, trabajando juntos, de manera autónoma y directa.

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, derribar 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, no existe certeza sobre la prestación de los servicios en calidad de trabajador por parte del señor Jesús María Gaitán en favor del demandado Silvestre Gómez, como lo determinó el a quo, por cuanto no obran en el plenario elementos probatorios que acrediten de manera fehaciente la efectiva prestación de servicios, los extremos temporales de la 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.

Es así como el demandado, al rendir declaración de parte, negó la existencia de la relación laboral; manifestó que conoce al actor hace más o menos 50 años; que fueron socios, el demandante era quien compraba el ganado, los cerdos, preparaba la carne y la trabajaba; había veces que iba y veces que no iba, no cumplía horario. Acepta ser el dueño del local comercial denominado "*La Esperanza*".

Por su parte el demandante, al absolver su interrogatorio, también indicó conocer al señor Silvestre Gómez hace más o menos 50 años; que nunca fueron socios, sino que le ayudaba en la plaza de las flores, lavaba neveras y hacía mandados y, todo lo que había que hacer en la fama, a despostar, entre otros. Aduce que no compraba ganado para la venta, pues no tenía plata, no era negociante; que el que compraba era el demandado. Dice que el señor Silvestre le daba órdenes; que lavaba la fama, la nevera, ayudaba a barrer. Respecto al salario, dice que una vez le dijo al señor Silvestre que le debía salario, pues a un muchacho y a todos los que tenía ahí, sí les pagaba.

El demandante solicitó los testimonios de Mario Suarez Godoy y Cindy Lorena Gaitán Vanegas. El primero manifestó haber trabajado en la plaza de las flores, como comerciante de carnes, y de allí conocer a las partes; pues el demandado también tenía una distribuidora de carnes allí y, que el demandante también trabajaba allá en lo mismo, en carnes, fue carnicero toda la vida. Adujo que el actor no fue propietario, y siempre trabajó como empleado; primero con un señor Maximiliano Rojas, como hasta el 95 -96 y, después se fue a trabajar con Silvestre Gómez. Afirma que lo veía hacer oficios varios, yo lo veía despostar, entregar pedidos y despostar carnes y; que lo vio trabajando en esa carnicería, hasta que el testigo se fue de allí, más o menos en noviembre - diciembre del año 2019. Dijo que veía al demandante en la plaza todos los días, aunque después indica que como propietario había días que no iba. Dice creer que el demandante trabajó con el demandado desde el año 1997. Que su local

comercial quedaba entre 60 y 80 metros, en el callejón posterior al del señor Silvestre, pero veía al demandante porque todos los días caminaba por la plaza. No le consta el salario que devengaba el demandante, horario ni órdenes; lo supone porque todos en la plaza llegan más o menos a la misma hora, propietarios y empleados y, porque allí se decía quien trabajaba con quien.

Cindy Lorena Gaitán Vanegas, hija del accionante, manifestó conocer al demandado porque su papá trabajó con él desde el año 1995 y, ella iba a visitarlo, aproximadamente cada 8 días y lo veía allí en la fama; que lo veía despostando, cortando carne, atendiendo, que ellos tenían una cicla y él iba por pedidos, a hacer pedidos; mientras el señor Silvestre se la pasaba dentro de la fama, leyendo el periódico. Cuando se le pregunta por el vínculo entre su hermano Jesús David Gaitán y el demandado, dice primero que eso fue hace como 5 años y luego dice que fueron 3 años. Respecto a la pregunta acerca de hasta cuando estuvo Jesús María Gaitán laborando para Silvestre Gómez, dice que más o menos hasta finalizando el año 2017 y, se observa en el video que alguien le dice la respuesta, a lo que indica: *“el 30 de septiembre más o menos, finalizando año, septiembre por ahí”*. En lo referente al salario, manifiesta que su papá ganaba el diario, entre 35 -40 mil diarios, y que esto lo sabe porque su papá siempre les ha dicho cuanto ganaba. En cuanto a la fecha de inicio del vínculo, dice que lo sabe porque, calculando, a la fecha de la declaración contaba con 36 años de edad, y cuando iba a la plaza tenía 8 o 9 años, más o menos.

De otra parte, a solicitud de la pasiva, se recibieron los testimonios de Camilo Andrés Trujillo Torres, Ana Elvia Palacios, Héctor Hugo Carvajal y Guillermo Carvajal.

El primero de ellos, indicó trabajar con carne en la plaza de las flores, más o menos hace 26 años y, por ello conocer al señor silvestre Gómez y a Jesús María Gaitán, pues afirma que trabajaban allí, junto con el hijo de éste último; que trabajaban con carnes, y que eran socios. Indica que al demandante lo veía unas veces sí, y otras no. Que más o menos lo vio trabajando allí desde el año 1998 o 2000, hasta hace 3 o 4 años, algo

así (2017-2018). Afirma no saber cómo era el trato laboral entre ellos; que les vendió mercado y, lo que tiene entendido y se dio cuenta cuando le vendía, fue que eran socios, pues se hacían cargo uno de los 3, don Jesús o Silvestre o David, que es el hijo del actor y, le pagaban todos, cualquiera de los 3 le abonaba. No sabe que el accionante cumpliera horario o recibiera órdenes; a veces sí lo veía a veces no.

Ana Elvia Palacios, indicó conocer a las partes, en la plaza de las flores; porque trabaja allá hace 34 años, en carnes, compra y vende carne, y él demandado tiene su fama ahí en la plaza. Que al señor Jesús María Gaitán trabajaba ahí en la plaza con don silvestre, eran socios, compraban carne y vendían ahí entre los 2; lo sabe porque les vendía la carne *“don chucho iba y la negociaba”*, trabajaban juntos y, juntos respondían por la plata. Veía al accionante en la plaza la mayoría de días, aunque había días que no iba. Dice que vio en la plaza a don Jesús hasta hace como 3 o 4 meses (2021), que estaba con David, porque el señor Silvestre no regresó desde la pandemia.

Héctor Hugo Carvajal, manifestó ser propietario de una fama en la plaza las flores, más o menos desde el año 1997 y, que por ello conoce a las partes del proceso. Que Jesús María Gaitán trabajaba la plaza, a veces trabajaba solo, después con don Silvestre, más o menos desde el 2001; que ellos eran socios; indica que él les vendía ganado a ellos y al hijo del actor, David Gaitán. Que dejaron de ser socios hace cuatro años más o menos (2017), repartieron la suma que tenían que pagarle a cada proveedor y que, a él, aun le deben. Afirma que saber que eran socios porque les vendía a los 3; que primero comenzaron a trabajar don Jesús Gaitán con don Silvestre Gómez y, con el tiempo el señor Gaitán trajo a su hijo. No sabe de salarios, ni horario, dice que todos mandaban. Que cómo les iban a sellar la fama por higiene, dividieron todo lo que debían y cada uno se hizo cargo de la deuda a cada cual, en lo que cada uno le quedó debiendo. Sabe que los 3, todos despostaban, todos vendían y, todos hacían caja.

Finalmente, Guillermo Carvajal indicó que le vendía ganado a Silvestre Gómez, a Jesús Gaitán y a David Gaitán, aproximadamente

desde el 2004, no recuerda bien, hasta hace unos 4 meses, inclusive (2021). Dice que iba casi todos los días a venderles, que don Jesús poco iba y con quienes más trabajó fue con don Silvestre y con el hijo de don Jesús. Afirma que los tres eran socios, que le quedaron debiendo y por eso hicieron un papel, que firman todos, que le deben en partes iguales. Que a él le compraba carne Jesús María Gaitán. Que esa sociedad duró como hasta el 2017. No sabe que Silvestre le diera órdenes o instrucciones a Jesús María, ni que éste cumpliera horario, o cuales eran sus funciones.

Analizadas de manera detallada y conjunta las declaraciones rendidas, se advierte que no se demostró que el demandante haya prestado sus servicios de forma personal al demandado, lo cual no permite a la Sala tener elementos de juicio que posibilite la declaración de una relación laboral en el *examine* y el consecuente estudio de las pretensiones de la demanda en la forma como se alegó por la parte actora. Es así como, de los testimonios practicados, solo se logró acreditar que el demandante trabajaba en la plaza de mercado Las Flores, en el local comercial “*La Esperanza*”, pero no existe claridad respecto de que trabajara para el señor Silvestre Gómez, contrario a ello, al parecer lo hacía de manera independiente o más en virtud de una sociedad, como lo afirma el demandado. Nótese que aun cuando los dos primeros testigos indican que sí trabajaba con el demandado, en realidad de su dicho se desprende que, respecto de Mario Suarez, no le consta salario, horario, órdenes, ni fechas, más bien su afirmación de la existencia de un vínculo contractual laboral, parte de suposiciones, toda vez que no le consta de manera directa los detalles de la verdadera relación existente entre Jesús María Gaitán y Silvestre Gómez; y del dicho de Cindy Lorena Gaitán Vanegas, hija del accionante, además de que esta declarante incurre en varias imprecisiones, le asiste razón al recurrente cuando reprocha que la testigo estuvo presente durante los interrogatorios de parte, lo que, aunado a su grado de parentesco con el demandante, y que para fecha de los hechos que declara contaba con 10 años de edad, para esta Sala, es un indicio de testimonio parcializado, al que debe restársele credibilidad.

Y es que aun cuando, a los restantes testigos, quienes afirman que la relación entre demandante y demandado era en calidad de socios,

tampoco les consta claramente cuál era la vinculación, pues nunca vieron un documento y su dicho proviene de su percepción ante los hechos presenciados; ninguno de ellos, ni de la parte actora, ni de la pasiva, tiene detalle de la prestación del servicio, remuneración o menos, subordinación.

Estima la colegiatura que el demandante faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, como quiera que por ningún medio demostró siquiera que prestó servicios al demandado. Lo único que está demostrado es que ambos, accionante y accionado, trabajaban en el establecimiento comercial denominado “*La Esperanza*”, comerciando carnes, sin que se pueda verificar que alguno le prestaba el servicio al otro; sin que, por el simple hecho de ser el demandado, el dueño del local comercial donde ejercían su actividad económica, lo convierta *per se* en empleador y lo deje impedido para conformar una sociedad.

Considera esta colegiatura, que se equivoca el *a quo*, al manifestar que el hecho de existir un contrato de arrendamiento entre el hijo del actor y el demandado, que data del 4 de octubre de 2017, desvirtúa la aludida sociedad entre las partes vigente en fecha anterior; pues se trata de convenios independientes que, para esa Sala, no confirma ni niega, una eventual prestación del servicio.

A este respecto, importante resulta recordar que, de antaño ha explicado la jurisprudencia de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, que la sola presunción del artículo 24 del CST, no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias “... *pues además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se estable que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.*” (CSJ, Sala

Laboral, Sentencia de 5 de agosto de 2009, radicación 36549; reiterada en la Rad. 41890 del 24 de abril de 2012)

Y es que, aun en aras de discusión, en el presente asunto tampoco se admitieron las fechas de ingreso y retiro que señaló el actor en el escrito de demanda y, por consiguiente, la carga de la prueba en este punto se mantuvo en cabeza del demandante, sin que se haya logrado acreditar, como lo entendió el juez de primera instancia; pues nótese que mientras en el libelo inicial se indicó que el contrato existió entre el 5 de febrero de 1995 y el 30 de septiembre de 2017, en la petición elevada a través de la Defensoría del Pueblo se indicó que ocurrió entre el 1 de enero de 1998 y el 30 de noviembre de 2018 (fl. 18); y del dicho de los testigos, Mario Suarez dijo que más o menos fue desde 1997, Camilo Andrés Trujillo que la sociedad empezó como entre 1998 o 2000, Héctor Hugo Carvajal que lo fue más o menos desde el 2001 y Guillermo Carvajal, que como desde el 2004. La única que dice que el contrato lo fue desde 1995, es Cindy Lorena Gaitán, de quien ya se explicó no puede desprenderse total credibilidad, al no resultar tampoco su testimonio corroborado con el de algún otro deponente.

Corolario de lo anterior, la Sala no cuenta con elementos de convicción que permitan confirmar la existencia de una relación contractual laboral entre las partes, por lo que forzoso resulta revocar la decisión de primera instancia, para en su lugar, absolver de todas las pretensiones incoadas en la demanda.

Costas de la primera instancia lo serán a cargo del demandante. No se causan 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: REVOCAR la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., para en su lugar absolver de las pretensiones incoadas en la demanda.

SEGUNDO: Costas de la primera instancia a cargo del demandante. No se causan en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



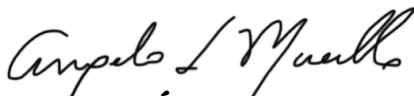
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

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 005 2019 00185 01
DEMANDANTE: JAIRO ALFONSO ANGARITA ORDUZ
DEMANDADO: LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO,
INDUSTRIA Y TURISMO

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de enero de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de las mesadas extralegales adicionales pagadas en junio y diciembre de cada año, así como la mesada catorce, de manera retroactiva desde el momento en que se le reconoció la pensión restringida de jubilación; la indexación; intereses moratorios y; las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el Instituto de Fomento Industrial IFI - Concesión de Salinas, fue liquidado en diciembre de 2009, por lo que la Nación a través del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, asumió sus obligaciones. Que laboró para el IFI - Concesión de Salinas de 13 de noviembre de 1976 a 11 de diciembre de 1992, fecha en la que se desvinculó por acuerdo voluntario, con un tiempo de servicios equivalente a 16 años y 29 días. En cumplimiento de sentencia del 11 de

febrero de 2014, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, mediante Resolución No. 3636 de 2 de diciembre de 2015, le reconoció pensión restringida de jubilación, en cuantía de \$938.735, a partir del 5 de abril de 2015, fecha en que cumplió 60 años de edad.

Aduce que entre la Dirección de la Concesión de Salinas del Banco de la República y el Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Sal y sus Derivados, suscribieron varias Convenciones Colectivas de Trabajo, de las que es beneficiario, en las cuales, en el artículo 9 de la vigente para 1960 y 1961, se estableció el derecho a una bonificación para los pensionados adicional a la de diciembre, en el mes de junio de cada año, igual al 50% del valor de la pensión mensual; en la vigente de 1964 y 1965, artículo 3, se adiciona en siete (7) días de pensión y; en la vigente entre 1966 y 1967, artículo 8, se estableció el derecho a la prima de cada año equivalente a una mesada de pensión. Convenciones en las que se configuró el derecho que tienen los pensionados por el IFI Concesión de Salinas, a recibir dos mesadas extralegales adicionales pagadas en los meses de junio y diciembre de cada año. Presentó reclamación administrativa, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 008. Subsanción).

Al dar respuesta, La Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a la situación fáctica, aunque manifiesta no constarle directamente lo mencionado en la demanda, al no haber tenido relación laboral ni legal alguna con el demandante, aceptó los hechos en su totalidad, aclarando que da su respuesta según normatividad, decisión judicial, resolución, información, documentos, certificaciones y anotaciones obrantes en carpeta hoja de vida del señor Angarita Orduz. Propuso la excepción previa y de fondo de *“cosa juzgada legal y constitucional, al reconocerse y pagarse actualmente una pensión restringida de jubilación del art. 8º de la ley 171 de 1961, ordenada por fallo judicial ejecutoriado en proceso judicial ordinario laboral No. 2012-00715”* y, las de fondo de inexistencia de la obligación y ausencia de consolidación del derecho reclamado, prescripción, inexistencia de la obligación de pago de intereses moratorios, compensación y buena fe. Para enervar las pretensiones, argumentó que al

demandante se le otorgó el reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación de la Ley 171 de 1961, que tiene un origen netamente legal, razón por la cual, las mesadas pensionales extralegales-convencionales reclamadas, comprenden beneficios de naturaleza diferente (expediente digital, archivo 012, fls. 1 a 7).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de enero de 2022 (archivo 016), absolvió a la demandada de todas las pretensiones; declaró probada la excepción de cosa juzgada respecto de la mesada 14 legal y, la excepción de inexistencia de la obligación respecto de las mesadas extralegales convencionales de junio y diciembre; sin costas para las partes.

Como sustento de su decisión señaló, de una parte, que la mesada 14 derivada de la pensión legal restringida de jubilación fue objeto de debate en el proceso judicial que reconoció la prestación y; de otro lado, que respecto de las mesadas extralegales de junio y diciembre, la norma convencional en una interpretación literal, dispone que este beneficio solo lo tienen quienes disfruten de pensión reconocida u ordenada por la Concesión Salinas.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, argumentando que debió realizarse un estudio más minucioso de los beneficios que venían reconociéndose y que recoge el artículo 8 de la convención colectiva, pues este lo que hace es incrementar la mesada que venían recibiendo, desde el artículo 9 de la convención colectiva de 1960, y 3º de la de 1964, donde no se hacía referencia al “disfrute”.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Colegiatura desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad

Social y, en tal sentido, entrar a definir si el actor tiene de derecho al reconocimiento y pago de las mesadas extralegales adicionales a la pensión, previstas en la convención colectiva suscrita entre Dirección de la Concesión de Salinas del Banco de la República y el Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Sal y sus derivados.

Se encuentra demostrado que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en cumplimiento de sentencia judicial proferida en el proceso ordinario laboral 2012-00715, por esta Corporación el 11 de febrero de 2014, mediante Resolución No. 3636 de 2 de diciembre de 2015, reconoció al demandante pensión restringida de jubilación proporcional al tiempo laborado, con un porcentaje del 60.30%, indexando la primera mesada pensional, en cuantía inicial de \$938.735, a partir del 5 de abril de 2015 (expediente digital, carpeta 005, archivo *Anexos Jaime Angarita Orduz*, fls. 4 a 7).

Respecto de las mesadas extralegales adicionales que ahora se reclaman, el artículo 9º de la convención colectiva de trabajo de 1960, consagró¹:

Bonificación a pensionados.

Artículo 9º. A los pensionados de la Empresa, sin perjuicio de la bonificación que vienen recibiendo en el mes de diciembre de cada año, equivalente al valor de un mes de pensión, se les dará una bonificación en el mes de junio de cada año, en cuantía igual al 50% del valor de su pensión mensual.

Posteriormente, el artículo 8º de la convención colectiva de 1966, dispuso²:

Artículo 8º. A partir de 1966, la prima especial que se reconoce a los pensionados en el mes de junio de cada año, será equivalente a una mesada de pensión. Este beneficio solo lo percibirán quienes disfruten de pensión reconocida u ordenada por las Salinas, directamente.

Pues bien, de conformidad con el parágrafo 2º del acto legislativo 1 de 2005, a partir de su vigencia, “no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno,

¹ Expediente digital unificado, fls. 21.

² Expediente digital unificado, fls. 69 y 70.

condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones". De esta forma, la Constitución Política limitó a las partes, en el contrato de trabajo, y en la negociación colectiva, la autonomía de la que gozaban para regular las condiciones o requisitos de acceso al derecho pensional. La palabra "condición" incluida en el texto referido, se debe entender en el sentido técnico jurídico que expresa como el hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento de un derecho (artículo 1536 del C.C).

En el mismo sentido el inciso 5º del mismo artículo 1º del Acto Legislativo excluyó también de la negociación colectiva, a los beneficios que puede otorgar una pensión extralegal a las personas que la estén recibiendo. Sobre esta materia el constituyente dispuso: *"Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido".*

Sin embargo, para ambas eventualidades, requisitos para causar la pensión (inciso 2º) o beneficios que otorga al pensionado (inciso 5º), la enmienda constitucional estableció el respeto por los derechos adquiridos. Por ello, en el primero de los casos, quienes cumplieron los requisitos dispuestos en las reglas extralegales para causar la pensión antes del acto legislativo, conservan sin duda alguna el derecho a que dicha pensión se defina o cause a la edad acordada en las normas extralegales con el tiempo servido o cotizado que dichas normas definían, y en el valor que por aplicación de tales normas se obtuviera. Lo mismo ocurre con los beneficios pensionales extralegales que se hubieran causado antes de entrar en vigencia el acto legislativo frente a los cuales, por haber ocurrido el hecho concreto que los generaba de acuerdo a las reglas convencionales antes de la vigencia del Acto Legislativo, constituían un derecho adquirido ingresado al patrimonio del pensionado que no podía ser afectado por normas posteriores.

Por ello, en lo que interesa a este proceso, frente a dicha cláusula convencional que contempla los beneficios extralegales que se pudieran

causar, 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 IFI - Concesión de Salinas desde el 13 de noviembre de 1976 hasta 11 de diciembre de 1992, esto es, por más de 16 años y, alcanzó la edad de 60 años, el 2 de diciembre de 2015. En consecuencia, el promotor del juicio causó el derecho a la pensión el 11 de diciembre de 1992, y por tanto, en principio tendría derecho al reconocimiento de la prima especial implorada, en tanto esta prima especial no está sujeta a la existencia del empleador, sino a la condición de pensionado, que valga decir, la norma convencional tampoco lo limitaba exclusivamente a las pensiones convencionales.

No obstante, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala Laboral de H. Corte Suprema de Justicia, en que explica que dicha prestación extralegal fue sustituida por la mesada adicional para pensionados, contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que establece: *“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”*; y en este entendido, no resulta posible hacer dos reconocimientos por el mismo concepto, derivados del mismo supuesto fáctico a pesar de que la fuente normativa sea diferente. En este sentido, en sentencia CSJ SL2128-2021, reiterada en la SL2294-2022, la alta Corporación, explicó:

Sobre el tema de mesadas adicionales, acudimos a la Ley 4a de 1976 que en su artículo 5º consagró una **prima** a favor de los pensionados, la cual se recibiría cada año «[...] dentro de la primera quincena del mes de diciembre [...]» y cuyo valor era el correspondiente a una mensualidad, «pagadera en forma adicional a la pensión». Previsión legal que permite comprender la

cláusula del Pacto Colectivo del año 1980, donde se acordó un reconocimiento adicional a esa «prima legal», y que se expone como de tipo extralegal pagadera en junio de cada anualidad, prestación que como quedó visto, fue mejorada en un 21% con el Pacto Colectivo de 1986.

En ese sendero, la conquista sobre la prima extralegal vertida en un acuerdo colectivo, se erige como un claro derecho inmutable para sus beneficiarios y que si bien, es plausible que de manera excepcionalísima, sea objeto de modificación; lo cierto es que la concertación sobre tal reconocimiento a favor de los pensionados en el otrora Instituto de Fomento Industrial, es un derecho adquirido para ellos y por contera, su reconocimiento deviene inexcusable al momento de la concesión de la prestación económica extralegal.

Pero pese a ello, no puede desconocerse que el legislador en forma posterior y según lo expone el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, instituye a favor de todos los pensionados –independiente el origen de su pensión– idéntico derecho cuando a su tenor expone que este grupo poblacional “tendrá[n] 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.”

Por lo que, si en el asunto en estudio existen dos prestaciones cuyo supuesto fáctico emerge de idéntica situación, cual es, la calidad de pensionado, pero difieren en la fuente de generación, al provenir una de ellas del Pacto Colectivo y la restante, del querer del legislador, surge la inquietud sobre si lo procedente, como lo pretende el accionante, es acceder al pago de tres mensualidades durante el mes de junio.

Y en ese contexto, para dar solución al problema jurídico planteado, podremos acudir a aquellas previsiones expuestas en el Código Sustantivo del Trabajo donde con suprema expresividad, se expone en el artículo 16 que “Cuando una ley nueva establezca una prestación ya reconocida espontáneamente o por convención o fallo arbitral por el {empleador}, se pagará la más favorable al trabajador”; disposición legal que, si bien aparece incorporada en un texto legal que no regenta la relación jurídica de los trabajadores oficiales con el estado, lo cierto es que: (i) en virtud de la analogía autorizada en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 deviene como un punto claro de referencia, y (ii) el texto normativo plantea un supuesto fáctico cuya fuente es el derecho colectivo, aspecto que sí aparece reglamentado en el mismo compendio y resulta plenamente aplicable a los precitados trabajadores.

De suerte que, si bien pueden coexistir derechos con doble fuente bien legal y extralegal, la opción plausible conforme lo expone la norma en cita, resulta ser el reconocimiento de aquella que resulte más favorable al pensionado, que en este caso sería la consagrada en el Pacto Colectivo al establecer la prima en cuantía superior, ello es, un 21% adicional a la mesada del mes de junio.”

Bajo este criterio de interpretación, y una vez revisado el texto de los acuerdos colectivos de que se reclama aplicación, se advierte que el beneficio convencional denominado *prima especial*, fue reemplazado por la prima adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, y

de conformidad con estas consideraciones, no hay lugar a condenar por este concepto, por lo que la Sala confirma la decisión analizada, pero por las razones aquí expuestas.

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 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de enero de 2022, pero por las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



Magistrado



Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 005 2021 00079 01
DEMANDANTE: OLGA FABIOLA PALOMINO GAMBOA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de abril de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuadas a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. y posteriormente la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se ordené a las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a devolver o trasladar las cotizaciones o aportes por pensión, con los rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones y; a esta última, a recibir a la afiliada sin solución de continuidad. Así mismo, se condene a lo ultra y extra petita, y las costas y agencias del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 03 de diciembre de 1961. Se afilió al sistema general de pensiones ISS, hoy Colpensiones en noviembre de 1989. En noviembre de 1996 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. Aduce que no le hicieron un estudio previo de su situación y que le informaron que era más favorable el traslado de régimen teniendo en cuenta que iba a tener una mejor mesada pensional que la que obtendría si se quedara en el RPM; manifiesta que no se analizó su caso en todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, omitiendo darle la información necesaria, comprensible, suficiente y objetiva sobre las características y consecuencias del traslado de régimen pensional. Posteriormente se trasladó a la AFP Porvenir S.A., el 15 de febrero de 1997 y, por último, se trasladó a la AFP Colfondos S.A. el 01 de febrero de 2001. Actualmente la demandante cuenta con 59 años de edad y con las semanas necesarias para pensionarse en el RPM. De conformidad con la liquidación elaborada en el RAIS la mesada pensional no es lo que le prometieron a la actora. Radicó petición a Colpensiones solicitando las pretensiones de la demanda, obteniendo respuesta negativa (expediente digitalizado, archivo 02, fls. 1 a 8).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la edad de la misma, la petición radicada y su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, 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 se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a las AFP; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media

en razón de la edad y, no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; 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 12 fls. 2 a 21).

La AFP Porvenir 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 informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación y la vinculación a otra administradora de fondo de pensión privada (expediente digital, archivo 5 fls. 3 a 24).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la data de nacimiento de la demandante y la edad de la misma. 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 de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago 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 de la demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, la actora no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 13 fls. 5 a 16).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 22 de abril de 2022 (expediente digital, archivo 21), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, realizado por la señora Olga Fabiola Palomino Gamboa a través de la Colpatria Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías que traslade a Colpensiones el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a Colpensiones a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: COSTAS únicamente a cargo de Porvenir S.A. y Colfondos S.A., inclúyase como agencias en derecho la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. A cargo de cada una de estas demandadas

CUARTO: En caso de que este fallo no fuere apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP 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 con este documento no se demuestra que se brindó la información necesaria a la demandante al momento del traslado sobre las características, condiciones, ventajas y desventajas de uno u otro régimen, ya que a lo sumo demuestra un consentimiento, pero no informado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y Porvenir, recurrieron la sentencia.

Colpensiones aduce que hubo libre escogencia del régimen por parte de la demandante y la intención de permanencia en el régimen de ahorro individual son solidarias al permanecer 19 años cotizando en esta. Se debe tener que los cambios entre administradoras de fondos privados de pensiones reúnen los elementos propios de actos de relacionamiento. No se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en el entendido de que la misma no tuvo injerencia en la decisión tomada por la actora. La intención de la demandante era verificar una mejor mesada pensional y por eso hizo el traslado entre AFPs como lo manifiesta en el interrogatorio de parte. Por otra parte, la actora se encuentra inmersa en prohibición legal para trasladarse al régimen pensional.

La AFP Porvenir S.A. se opone al fallo emitido en primera instancia, en el entendido de que la demandante surtió afiliación en el año 1996; por lo cual, con la declaratoria de ineficacia de traslado, se afecta principios fundamentales del derecho como lo son la confianza legítima y la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Aduce que la demandante con el traslado de manera horizontal en el mismo régimen pensional quería y demostraba ser perteneciente al mismo. Asegura que sobre la accionante recaía de igual manera el deber de información y, que se encuentra en prohibición legal para trasladarse de régimen pensional.

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 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 de la 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 seguro social, hoy Colpensiones desde el 28 de noviembre de 1989 hasta el 31 de octubre de 1996 (expediente digital, archivo 16, fl. 9); migró al RAIS, a través de la AFP Colpatria, hoy Porvenir, mediante suscripción de formulario de vinculación, el 06 de noviembre de 1996 (expediente digital, archivo 5, fl. 74); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., el 15 de febrero 1997 (expediente digital, archivo 5, fl.75) y; finalmente se trasladó a la AFP

Colfondos S.A. el 03 de enero de 2001 (expediente digital, archivo 13, fl.95).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifiesta que en su lugar de trabajo se presentó una reunión en la cual, el asesor de Porvenir asesoró a los empleados, informándoles que el ISS iba a liquidarse y que para mejor viabilidad en la pensión, era mejor trasladarse al fondo privado. Aduce que los asesores de las AFP le aseguraban que su mesada pensional iba a ser más rentable. Recibía los extractos, pero no entendía claramente la información contenida en estos. Afirma que leía el formulario de afiliación, pero solo la información básica contenida. No se le explicó qué pasaría con su pensión en caso de fallecer, ni sobre el derecho de retracto. Conocía de los canales de información, pero no hizo uso de ellos. Quiere retornar al RPM porque al cumplir la edad para pensionarse fue averiguar a la AFP en que encuentra afiliada actualmente y se dio cuenta que su mesada pensional iba a ser muy baja, frente a la que podría obtener en el RPM.

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

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 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). 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).

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, se adicionará la sentencia 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 llamada 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 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 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.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de abril de 2022, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas 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.

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

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

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
con Aclaración de voto

Radicación n.º 110013105 005 2021 00079 01.

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 1100131050 07 2019 00462 01.
DEMANDANTE: PATRICIA MARMOLEJO ARBOLEDA.
DEMANDADO: FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de julio de 2021. También el grado de consulta a favor del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare a la demandada como ente obligado al pago de las obligaciones de la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia y; que Fulgencio Lozano Longa (q.e.p.d.) falleció con derecho a pensión sanción; en consecuencia, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente debidamente indexada, a partir del 28 de enero de 2017; los intereses moratorios y, las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que Fulgencio Lozano Longa (q.e.p.d.) prestó servicios a Ferrocarriles Nacionales de Colombia, como trabajador oficial, por un total de 10 años, 11 meses y 28 días o, 3958 días, del 20 de octubre de 1980 al 30 de noviembre de 1991, cuando fue despedido por supresión legal de su cargo. Aduce que el *de cujus* nació el 15 de febrero de 1960; que con la demandante conformaron una vida en

pareja, dentro de una unión marital de hecho, el 17 de marzo de 1991, fruto de la cual nació Jair Andrés Lozano Marmolejo, hoy mayor de 25 años y plenamente capaz y; que tuvieron una comunidad de vida doméstica, de manera constante, permanente e ininterrumpida hasta la fecha de la muerte de Lozano Longa, el 28 de enero de 2017. Aduce que convivió con el causante por 26 años y siempre dependió económicamente de aquel. Presentó la reclamación administrativa, pero lo fue negada (fls. 2 a 8).

Al dar contestación, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia se opuso a las súplicas. Admitió el vínculo contractual del causante, la calidad de trabajador oficial, la fecha de despido y causa, la data de nacimiento, la de fallecimiento, la reclamación administrativa y la resolución negativa. Manifestó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. Formuló las excepciones de prescripción, buena fe e, inexistencia de las obligaciones reclamadas. En defensa de sus intereses argumentó que el señor Lozano Longa falleció cuando contaba con 56 años de edad, por lo cual, no cumplió con la exigibilidad de la prestación pretendida de tener 60 años de edad (fls. 31 a 37).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8 de julio de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el señor Fulgencio López Longa dejó causada la pensión sanción con despido injusto de que trata el artículo 8 de la ley 171 de 1961, en cuantía inicial de 877.803, a partir del 15 de febrero de 2020, fecha en que cumpliría los 60 años de edad, a cargo del fondo demandado.

SEGUNDO: CONDENAR al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a pagar a la señora demandante Patricia Marmolejo Arboleda, en calidad de compañera permanente supérstite del causante, la pensión de sobreviviente o la pensión de jubilación en este caso post mortem, del señor Fulgencio Lozano Longa, a partir del 15 de febrero de 2020, en cuantía inicial de 877.803.

TERCERO: CONDENAR al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a pagar a la señora demandante Patricia Marmolejo Arboleda, el retroactivo pensional liquidado del 15 de febrero de 2020 y hasta el 1º de julio de 2021, en cuantía de \$18'624.783, retroactivo que se encuentra debidamente indexado.

CUARTO: CONDENAR al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a pagar a la demandante la pensión de jubilación post mortem del señor causante, a partir del 1 de agosto 2021, en cuantía de \$908.526.

QUINTO: CONDENAR al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a reconocer la indexación de las mesadas pensionales que se causen a futuro y hasta que se incluya a la demandante en nómina de pensionados.

SEXTO: Respecto a los intereses moratorios, sólo se causarán dos meses después de ejecutoriado el auto de obediencia al superior, si fuese confirmada la condena impuesta en esta sentencia.

SÉPTIMO: Sobre excepciones propuestas, dada las resultas del proceso, se declaran no probadas las excepciones propuestas por el fondo demandado.

OCTAVO: Las costas son a cargo del fondo demandado y las agencias en derecho se pactan a favor de la demandante en un 7% de la condena impuesta y liquidada en esta sentencia.

NOVENO: Ordénese la consulta de esta sentencia a favor del Fondo de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia por ser una entidad garantizada por la Nación y a fin que el superior revise la legalidad de lo decidido.

En lo fundamental, señaló que el causante Fulgencio Lozano Longa prestó sus servicios personales para Ferrocarriles Nacionales de Colombia por más de 10 años y menos de 15 y, fue despedido sin justa causa, por lo que dejó causada la pensión sanción de que trata el artículo 8 de la ley 171 de 1961, faltando solo el requisito de exigibilidad para su disfrute; razón por la que dispuso su reconocimiento a partir de la fecha en que cumpliría los 60 años de edad, pues debe darse aplicación estricta a la norma que establece la fecha de exigibilidad de la prestación pensional. Asimismo, encontró que la demandante cumple con las condiciones consagradas en la ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003, artículo 47 literal A, para reclamar la pensión de sobreviviente respecto a su compañero permanente.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes apelaron la decisión.

La parte demandante, solicita modificar la fecha de inicio de goce de la pensión post mortem, para que sea tenida en cuenta a partir del 28 de enero de 2017, cuando acaeció el óbito de su compañero permanente, pues como ha expresado la H. Corte Suprema de Justicia, la muerte del beneficiario antes de cumplir la edad, no cambia el carácter de sustituible

de la prestación, dado que aquella solo es un requisito de exigibilidad, por cual se anticipa con el deceso, teniendo en cuenta que se logró acreditar su calidad de compañera permanente.

Por su parte, la demandada arguyó que el causante no alcanzó a configurar el derecho de la pensión sanción, por lo tanto no habría reconocimiento a una pensión post mortem, dado que falleció antes del cumplimiento de la edad, que es un requisito indispensable para la configuración de la pensión sanción.

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 al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente también abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Quedó demostrado dentro del proceso que, el señor Fulgencio Lozano Longas (q.e.p.d.), prestó sus servicios a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, desde el 20 de octubre de 1980 hasta el 30 de noviembre de 1991, es decir, por espacio de 11 años, 1 mes y 10 días; fecha a partir de la cual le fue terminado el contrato sin justa causa, por supresión del cargo, con derecho a indemnización; así se desprende del contrato de trabajo suscrito por las partes, así como de la comunicación de terminación del vínculo (fls. 75 y 4, respectivamente, CD fl. 38).

Así mismo, se verificó que el señor Lozano Longas (q.e.p.d.) nació el 15 de febrero de 1960 (como se desprende de su partida de bautismo, fl.9), lo que implica que cumpliría 60 años de edad, el mismo día y mes del año 2020 y; falleció el 28 de enero de 2017 (registro civil de defunción, fl.10).

Precisado lo anterior, corresponde a la Sala determinar si el causante Fulgencio Lozano Longa (q.e.p.d.), tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión prevista en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y, en consecuencia, si a la demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la prestación post mortem, en su calidad de compañera permanente supérstite.

(i) De la pensión sanción.

El artículo 8º de la ley 171 de 1961 dispone que el trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido. Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

Al respecto, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el sentido que para la pensión restringida consagrada en el artículo 8 de la ley 171 de 1961, los requisitos de causación del derecho son el tiempo de servicios prestados y el despido sin justa causa, y que el cumplimiento de la edad es simplemente un requisito para la exigibilidad del pago; así lo dijo en sentencia con radicación n.º 45545 de 6 de septiembre de 2011, que rememoró la decisión judicial radicación n.º 30766, al señaló que:

(...) las pensiones especiales de jubilación reguladas por el citado artículo 8º de la Ley 171 de 1961, se causan desde el mismo momento en que el trabajador es despedido injustamente con más de 10 o 15 años de servicio que corresponde a la - pensión sanción -, o cuando se produce el retiro voluntario después de 15 años de servicio que atañe a la llamada - pensión por retiro voluntario -(...)

De acuerdo con lo anterior, el causante adquirió el derecho a la pensión restringida de jubilación en la fecha en que le fue terminado su contrato de trabajo sin justa causa por supresión del cargo, teniendo más de 10 años de servicios y menos de 15, esto es el 30 de noviembre de 1991; sin que la derogatoria prevista en el artículo 133 de la ley 100 de 1993, afectara el derecho, como tampoco lo hizo el Acto Legislativo 01 de 2005 y, menos resulta atendible el argumento de la entidad referente a que el derecho se extinguió con la muerte del ex trabajador, por no haber llegado a la edad de exigibilidad, pues si bien hubiese alcanzado la edad de 60 años el 15 de febrero de 2020, ya contaba con un derecho adquirido.

En ese orden de ideas, no puede entenderse de manera alguna que la muerte del afiliado antes de comenzar a disfrutar la pensión, conlleve a que se pierda el derecho a la sustitución de la misma, pues como quedó visto, esta prestación nace por el requisito del tiempo de servicio y no por el cumplimiento de la edad.

(ii) De la sustitución pensional

En el presente caso, quedó visto que Lozano Longa falleció el 28 de enero de 2017, por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con lo previsto en los artículos 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

Así, el artículo 47 ibídem, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo

haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

En el presente asunto, de las pruebas allegadas al proceso, quedó acreditado, sin que fuera objeto de reproche, el vínculo respecto de la señora Patricia Marmolejo Arboleda, como compañera permanente supérstite del occiso, por más de 20 años con anterioridad a su fallecimiento.

Es así como, a folios 18 y 19, fueron allegadas declaraciones extrajuicio rendidas por Lina María Castañeda Vallecilla, Mario Valencia Mondragón y Bairon Ordoñez Longa, para dar fe de la unión marital del *de cujus* y la demandante, desde el año 1991, unión de la que procrearon un hijo de nombre Jair Andrés Lozano Marmolejo, así como de la dependencia económica de estos respecto del causante.

En el mismo sentido, en el trámite procesal se recibieron la declaración de parte de la demandante y, los testimonios de Lina María Castañeda Vallecilla y Bairon Ordoñez Longa; quienes fueron coincidentes en afirmar que la señora Patricia Marmolejo Arboleda convivió con el señor Fulgencio Lozano Longa (q.e.p.d.), desde el año 1991, en el corregimiento de Córdoba, Buenaventura, por alrededor de 25 años; tuvieron un hijo de nombre Jair Andrés Lozano Marmolejo; era el señor quien mantenía económicamente el hogar y; la relación duró hasta el día de su fallecimiento.

Al quedar probada la calidad de compañera permanente supérstite de la accionante, cumple con los requisitos para ser beneficiaria del derecho a la sustitución pensional pretendida, en los términos requeridos en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Así las cosas, resulta acertada la decisión del *a quo* al reconocer el derecho de la actora reclamado por el fallecimiento de su compañero.

(iii) De la fecha de causación

En lo referente a la transmisibilidad de la pensión sanción, ha considerado la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, la viabilidad de la sustitución de la prestación, incluso en aquellos casos en los que el afiliado no logra cumplir la exigencia de la edad antes del momento de su muerte, pero sí el tiempo de servicio. Lo anterior, en el entendido que lo que causa dicha prestación es el tiempo de servicio exigido por la ley, de manera que el deceso previo al cumplimiento de la edad, no supone la variación de las reglas de sustitución, pues esta solo se encuentra prevista para su cobro, que en este evento se anticipa con la muerte (sentencias radicado No 24201 de 14 de junio de 2005, SL18435-2017 y SL4636 de 24 de octubre de 2018).

Entonces, en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, que el derecho no logra consolidarse por la muerte del afiliado antes del cumplimiento de la edad, se entiende que ese derecho integra el componente de su transmisibilidad, por ser éste un elemento indisoluble del mismo, y en ese entendido, su causación ocurre con el deceso del titular de la pensión sanción.

En consecuencia, dado que el causante reunió todos los requisitos de la norma en vida, procede reconocer la pensión restringida de jubilación post mortem y, sustituirla a partir del momento del deceso del causante. En este sentido, se modificará la sentencia del *a quo*.

(iv) De la liquidación

Con arreglo al artículo 8º de la Ley 171 de 1961, establecido que el despido del extrabajador causante fue injusto y, que por tanto, tiene derecho a acceder a la pensión sanción pretendida, a partir del momento en que cumplió 60 años de edad, en cuantía proporcional a los 11 años, 1 mes y 10 días de servicios prestados a la empleadora, esto es, en un monto de 42% del promedio de los salarios devengados durante el último año de

servicios que, de acuerdo con el documento de folio 22 de la Hoja de Vida (PDF02, CD fl. 82), corresponde a \$153.604,39.

Así las cosas, se impone actualizar la referida base salarial, a efecto de conjurar la pérdida de poder adquisitivo de la que fue objeto, entre la fecha del retiro, 30 de noviembre de 1991 y, la fecha del deceso, 28 de enero de 2017, arrojando la suma de \$1'869.556,18.

Entonces, atendiendo a que el causante prestó sus servicios por espacio de 4.059 días, la tasa de reemplazo a aplicar es de 41,70%. En consecuencia, el valor de la mesada inicial para el 28 de enero de 2017, asciende a \$779.604,93. En consecuencia, el fallo será modificado en este punto. Se precisa aquí que como quiera que la prestación se causó con anterioridad la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, debe ser cancelada a razón de 14 mesadas al año.

<i>Indexación Primera Mesada Pensional</i>						
<i>Año Inicial</i>	<i>Año final</i>	<i>Promedio salario</i>	<i>IPC Inicial</i>	<i>IPC Final</i>	<i>Factor de Indexación</i>	<i>Salario actualizado</i>
1991	2017	\$ 153.604,39	7,65	93,11	12,171	\$ 1.869.556,18
<i>PRIMERA MESADA PENSIONAL</i>						
<i>Ingreso Base Liquidacion</i>						\$ 1.869.556,18
<i>Porcentaje aplicado</i>						41,70%
<i>Primera mesada</i>						\$ 779.604,93

(v) De la prescripción

Estima la Sala, que en el presente asunto no ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que el derecho se hizo exigible el 28 de enero de 2017, la actora presentó reclamación ante la entidad el 2 de mayo de 2017 (resolución 0015 de 14 de enero de 2019, fl. 15) y la demanda se radicó se radicó el 15 de julio de 2019 (fl. 21), esto es, dentro del término trienal previsto en las normas sustantiva y procesal del trabajo.

(vi) De los intereses moratorios

En relación con el pago de los intereses moratorios, es del caso precisar que los mismos son improcedentes en aquellos eventos de

pensiones que no se conceden con sujeción a la Ley 100 de 1993, tal como ocurre en el presente caso, que prestación pensional es reconocida con fundamento en la Ley 171 de 1961 (Sentencia Radicación N° 35.228 de 12 de noviembre de 2009 y, más recientemente, la SL5171-2021 y SL3676-2022 radicación N° 88449). En tal sentido, se revocará esta condena.

(vii) De la indexación

Como quiera que la actora no está llamada a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo, estima la Sala que es procedente condenar a la demandada a reconocer y pagar debidamente indexado el retroactivo correspondiente a las diferencias pensionales.

(viii) Retroactivo pensional.

Estima la Colegiatura que, al continuar causándose las mesadas adeudadas, las cuales deberán indexarse al momento del pago, resulta inoficioso establecer un monto de retroactivo pensional, el cual deberá ser determinado por la entidad al momento de incluir la novedad en nómina de pensionados. Para ello, deberá tomar en consideración las siguientes mesadas:

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada
28/01/2017	31/12/2017		\$ 779.604,93
1/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 811.490,77
1/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 837.296,18
1/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 869.113,43
1/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 883.106,16
1/01/2022	31/12/2022	5,62%	\$ 932.736,73
1/01/2023	31/12/2023	13,12%	\$ 1.055.111,78

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala modificará la sentencia apelada en la forma anunciada.

No se causan costas en el grado de consulta, ni en esta instancia.

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 los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 8 de julio de 2021 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido indicar que la pensión sanción se causa a partir del 28 de enero de 2017, fecha del deceso del señor Fulgencio Lozano Longa (q.e.p.d.) y, en cuantía inicial de \$779.604,93.

SEGUNDO: MODIFICAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia analizada, en el sentido de indicar que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, deberá cancelar a la demandante, el retroactivo pensional causado desde el 28 de enero de 2017 y hasta que se verifique la inclusión en nómina de la novedad de pensionado; para el efecto tomará en consideración las siguientes mesadas:

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada
28/01/2017	31/12/2017		\$ 779.604,93
1/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 811.490,77
1/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 837.296,18
1/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 869.113,43
1/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 883.106,16
1/01/2022	31/12/2022	5,62%	\$ 932.736,73
1/01/2023	31/12/2023	13,12%	\$ 1.055.111,78

Cada una de las mesadas deberá ser actualizada desde la fecha en que se hizo exigible y hasta que se verifique el pago de la obligación y la entidad.

TERCERO: REVOCAR el numeral sexto de la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó el pago de intereses moratorios.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

QUINTO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta, ni en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



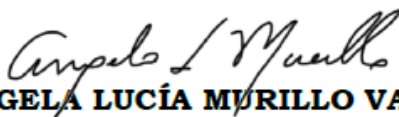
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MYRILLO VARÓN

Magistrada

007 2019 00462 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 00848 01
DEMANDANTE: JACQUELINE LEON AREVALO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de febrero de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare que existió vicio en el consentimiento y la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Protección S.A. en el mes de enero de 1999; de igual manera, se declare que la accionante nunca dejó de ser afiliada en el RPM. En consecuencia, se condene a Protección S.A. a realizar el traslado de todos los aportes que se encuentran en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y valor del bono a Colpensiones, y a esta última, a recibirlos. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita*, y costas a las demandadas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el día 25 de agosto de 1967. Se afilió al ISS en el mes de marzo de 1990 hasta enero de 1999; fecha a partir de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Protección S.A. Afirma que el promotor comercial

de la AFP Protección no le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna en cuanto a las características de los regímenes y la forma como se causa la pensión. Asegura que no le realizaron una proyección pensional, ni le informaron sobre las probabilidades de pensionarse en los dos regímenes. Aduce que la afiliación la hizo sin el consentimiento informado; que para el año 2019 acredita 1.178.14 semanas cotizadas. Elevó derecho de petición a las demandadas, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 01, fls. 3 a 33).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la accionante, la afiliación al ISS en las fechas correspondientes, la afiliación actual al RAIS y la petición elevada con su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y las demás declarables oficiosamente. 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; no hizo uso del derecho de retracto y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 01, fls. 130 a 161).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió data de nacimiento de la demandante, la afiliación a esta AFP hasta la actualidad, el ahorro en su cuenta individual por un valor de \$ 199.893.563 para el 2019, las semanas cotizadas, los requisitos para pensionarse con su mesada pensional, la petición elevada y su respectiva respuesta. 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 el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que la demandante manifestó su voluntad de continuar perteneciendo al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento, de igual manera, que la AFP brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM (expediente digital, archivo 01, fls. 169 a 189).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 28 de febrero de 2023 (archivo 17), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional realizado por la señora demandante Jacqueline León Arévalo con la AFP Davivir hoy Protección contenido en el formulario número 346744 del 19 de enero de 1999.

SEGUNDO: se ORDENA a Protección a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular, la señora demandante Jacqueline León Arévalo, dinero que debe 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 Protección a devolver a Colpensiones todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la señora demandante desde la fecha de su traslado de 1999, tal como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales, 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, Protección tiene el término de 30 días, contados a partir de la notificación del auto de devolución del superior, donde deberá presentar un informe debidamente discriminado con todos los valores objeto de devolución a por Colpensiones, junto con el detalle de los ciclos, ingreso base de cotización, valor de los aportes, valor de los descuentos de los aportes y el valor de la 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 a la demandante sin solución de continuidad, como su afiliada al régimen de prima media, con prestación definida desde su afiliación inicial al Instituto de Seguros Sociales.

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

SEXTO: Las costas procesales son a cargo de Colpensiones y Protección. Las agencias de derecho se tratan a favor de la demandante en 2 SMLMV a la fecha del pago, a cargo de cada uno de los demandados.

SEPTIMO: ORDENESE a la consulta de esta sentencia, a favor de Colpensiones como entidad garantizada por la Nación y, a fin el superior, revise la legalidad de lo decidido,

Como sustento de su decisión, 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

Inconforme Colpensiones manifestó que no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento, entendido como el deber de la información, por lo que existe una indebida y errónea interpretación del artículo 1604 del Código Civil, ya que es la afiliada la que debe al fondo la realización de sus aportes y solo hasta que se pensiona se invierten las partes. Con la decisión del traslado, que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional y se pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Asimismo rechaza la condena en costas, como quiera que representaría un detrimento patrimonial para Colpensiones por decisiones en las que no tuvo injerencia, siendo Colpensiones un tercero de buena fe.

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 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 de la demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

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

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de

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

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

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

prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al ISS desde el 18 de marzo de 1990 hasta el 31 de enero de 1999 (expediente administrativo, fl. 126); fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación del 19 de enero de 1999 (expediente digital, archivo 01, fl. 226).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se trasladó en el año 1999 al régimen de ahorro individual con solidaridad en razón a que la empresa en donde trabajaba, era el fondo privado de pensiones Davivir hoy Protección. Aduce que reunieron a varias personas en un salón, incluyéndose, en donde pasaron los formularios para afiliarse; que ella lo firmó, pero no leyó la información contenida. Afirma que no le brindaron asesoría y que por ser la entidad su empleador no realizó preguntas. Asegura que no le hicieron una re-asesoría. Quiso pasarse al RPM administrado por Colpensiones pero que no pudo hacerlo en razón a su edad. Quiere retornar a Colpensiones porque al acercarse a las oficinas de Protección, un asesor al hacerle la proyección de mesada pensional le informó que su pensión sería de un mínimo, a diferencia de la mesada pensional en Colpensiones que sería de \$2.500.000 aproximadamente, ajustándose a su calidad de vida y al trabajo honrado que ha hecho en el tiempo trabajado.

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

diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera 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 Protección S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

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

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

Por tanto, la AFP Protección S.A., deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a

conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). 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 este aparte.

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.

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.

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 a la demandante como su afiliada, con las consecuencias que ello conlleva.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia, ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de febrero de 2023, en el sentido de declarar la ineficacia únicamente 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, ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto

007 2019 00848 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 011 2018 00474 01.
DEMANDANTE: MANUEL JACINTO GALLARDO BARBOSA.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y PALMAS MONTERREY S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de septiembre de 2019.

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 25 de abril 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 a término indefinido con la empresa Palmas Monterrey S.A., el cual inició el 25 de abril de 1984 y terminó el 7 de febrero de 2000, como trabajador a destajo y, que la empresa lo afilió a pensión el 19 de mayo de 1986 (fls. 3 a 4).

Al dar respuesta, Palmas Monterrey S.A. se allana a la declaración de existencia del contrato de trabajo y se opuso al éxito de las demás

pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la relación laboral con sus extremos temporales, la afiliación a pensión y, negó el cargo, pues afirma que el actor se desempeñó en Oficios Varios. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, compensación, pago, prescripción, buena fe, imposibilidad de afiliación y aportes retroactivos al sistema 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 (fls. 46 a 63).

Por su parte, Porvenir S.A. se opuso al éxito de las pretensiones en su contra. En cuanto a los hechos indicó que no le constan. Propuso las excepciones de imposibilidad legal de reconocer un derecho, inexistencia de obligación alguna a cargo del actor, cumplimiento de las obligaciones por parte de la demandada, falta de legitimación por pasiva, cobro de lo no debido y buena fe. En su defensa manifestó que la administradora no había nacido a la vida jurídica para la fecha de los hechos; el demandante se trasladó a esta AFP el 22 de septiembre de 2008, con efectividad del 1º de noviembre siguiente y; por tanto, el cobro de aportes insolutos corresponde a la administradora a la que el trabajador se encontraba afiliado para esa época, esto es, el Instituto de Seguros Sociales (fls. 85 a 91).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de septiembre de 2019 (CD. fl. 126), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a PALMAS MONTERREY S.A., a pagar a favor del señor MANUEL JACINTO GALLARDO BARBOSA, identificado con la C.C. No. 5.029.681, las cotizaciones causadas al sistema de seguridad social en pensiones correspondientes al periodo laborado entre el 25 de abril de 1984 y el 19 de mayo de 1986, las cuales deberán ser consignadas o aportadas a la AFP Porvenir S.A., previo cálculo actuarial elaborado por dicha administradora, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., elaborar el cálculo actuarial en el que incluya el periodo laborado

por el promotor de la presente acción MANUEL JACINTO GALLARDO BARBOSA, identificado con la C.C. No. 5.029.681, a PALMAS MONTERREY S.A., para el periodo comprendido entre el 25 de abril de 1984 hasta el 19 de mayo de 1986, previa información suministrada por dicha sociedad y de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia. El monto sobre el cual se deberá realizar o el salario, deberá ser a partir de la información suministrada y que devengaba el demandante para el periodo señalado. *(Aclaración)*

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con lo esbozado en la parte considerativa de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a las demandadas PALMAS MONTERREY S.A. y PORVENIR S.A. al pago de las costas de este proceso. Liquidense por secretaría incluyendo en ellas la suma de \$500.000, por cada una de las demandadas, como valor en que se estiman las agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

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

Inconformes con la decisión, las demandadas, interpusieron recurso de apelación.

Palmas Monterrey S.A. argumenta, 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.

Por su parte, Porvenir S.A., solicita se concrete los salarios e ingresos bases de cotización que deben tenerse en cuenta por Porvenir para elaborar el cálculo actuarial, en términos exactos y correspondientes con la condena impuesta a Palmas Monterrey. En segundo aspecto, reprocha las costas en su contra, por cuanto aduce que ésta AFP ni siquiera existía para la época en que los aportes debieron pagarse a seguridad social y, su obligación de recibir los aportes impuestos al empleador y acreditarlos a la cuenta individual del demandante, jamás se ha negado.

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 25 de abril de 1984 y el 7 de febrero de 2000; así fue aceptado por la empresa accionada, además, de ser demostrado en el plenario con el contrato de trabajo allegado (fl. 64 a 65), así como la certificación expedida por la dirección de gestión humana (fl. 6, 66 y 70).

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 Palmas Monterrey S.A., 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 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 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 25 de abril 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.

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 25 de abril de 1984 y, hasta cuando fue efectivamente afiliado, 20 de mayo de 1986; tal como lo encontró la a quo. En este sentido, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Recurso de Porvenir S.A.

De otra parte, reprocha la AFP recurrente Porvenir S.A., que no se hayan concretado los salarios e ingresos bases de cotización que deben tenerse en cuenta para elaborar el cálculo actuarial ordenado en la sentencia. Al respecto, baste con indicar que, no es posible determinar los valores exactos en esta instancia, al no existir en el plenario medio probatorio alguno del que se desprendan tales valores. No obstante, tal como lo indicó el *a quo*, la obligación de pagar el valor del cálculo actuarial por concepto de los aportes pensionales al empleador, corresponde a los salarios percibidos por el demandante mes a mes, dentro del periodo comprendido entre el 25 de abril de 1984 y el 19 de mayo de 1985; información que deberá ser suministrada por PALMAS MONTERREY S.A. En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia también en este aspecto.

Finalmente, respecto a las costas impuestas en contra de la AFP, estima la Sala que no hay lugar a imponerle costas, 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, si bien a la administradora se le da la orden de hacer el cálculo actuarial correspondiente, ello resulta del incumplimiento y de la derrota por parte de la empresa empleadora, teniendo que en el presente asunto, no se generaba la obligación a cargo de Porvenir de hacer el cobro por aportes en mora y, la obligación aquí impuesta del cálculo actuarial, solo nace a partir de este proceso. En consecuencia, se revocará la condena impuesta por costas procesales a esta parte.

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: REVOCAR la condena en costas impuesta a la AFP Porvenir S.A., contenida en el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de septiembre de 2019.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

TERCERO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



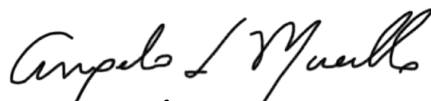
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

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 011 2021 00440 01
DEMANDANTE: FEDERICO GUILLERMO ROA QUIÑONEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de abril 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 de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Porvenir S.A en el mes de agosto de 1995. En consecuencia, se ordenó a Porvenir S.A. retornar al actor junto con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradoras, frutos e intereses y rendimientos al RPM administrado por Colpensiones y; a esta última, a recibir al accionante y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita*, y las costas y agencias en derecho del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al sistema general de pensiones con el ISS, hoy Colpensiones, desde el 22 de febrero de 1982 hasta el 31 de julio de 1995, acumulando un total de 439.57

semanas cotizadas. En el mes de agosto de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. Afirma que la AFP le aseguró que el ISS se iba acabar y perdería lo cotizado hasta el momento, que en el fondo privado tendría mayores rendimientos y podría pensionarse en el momento en que quisiera. No le informó del derecho de retracto. Afirma que tiene un total de 765 semanas cotizadas a mayo de 2021. Elevó peticiones a las demandadas, obteniendo respuesta negativa. Porvenir S.A. realizó la simulación pensional informándole que para cuando cumpliera 62 años no tendría derecho a una pensión de vejez, no obstante, en una simulación pensional en el RPM a los 62 años obtendría una mesada pensional mensual equivalente a la suma de \$3.805.558 (expediente digital, archivo 01, fls. 1 a 18).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación en el ISS, las semanas cotizadas en el mismo, la petición elevada y su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las 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; no hizo uso del derecho de retracto y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 07, fls. 2 a 37).

La AFP Porvenir 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 del demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se

corroborar con el formulario de afiliación y el hecho de que la parte actora haya estado 26 años en el Régimen de Ahorro Individual; además el demandante no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, archivo 06, fls. 2 a 24).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 13 de abril de 2023 (archivo 13), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado el veinticuatro de julio de 1995 por el señor Federico Guillermo Roa Quiñonez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir SA.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Porvenir SA a devolver a Colpensiones la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones realizadas por el demandante durante su permanencia en dicha administradora del RAIS, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias, con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima, entendidos estos gastos de administración como comisiones de administración, pago de prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes y en caso de haberse realizado, el pago de primas de Fogafin

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones, a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, además a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computar en la historia laboral del demandante las semanas cotizadas en su momento en el RAIS.

CUARTO: Las excepciones propuestas se declaran imprósperas.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la AFP Porvenir S.A. incluyendo como agencias en derecho en favor del demandante, la suma de 2 SMLMV.

SEXTO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Como sustento de su decisión, señaló que verificado el material probatorio dentro del plenario, no demostró la AFP haber brindado al afiliado, en el momento del traslado, la información clara, completa y oportuna que se requería en ese momento para materializar su traslado a ese nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones manifestó que no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento, entendido como el deber de la información, por lo que existe una indebida y errónea interpretación del artículo 1604 del Código Civil, ya que es el afiliado el que debe al fondo la realización de sus aportes y solo hasta que se pensiona se invierten las partes. Al accionante no 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, y no ser beneficiario del régimen de transición; por lo que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional y se pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

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 al Instituto de Seguros Sociales desde el 22 de febrero de 1982 al 31 de julio de 1995 (expediente digital, archivo 08. fl. 1); fecha a partir de la cual, migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación del 24 de julio de 1995 (expediente digital, archivo 06. fl. 92).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que la afiliación se hizo en la empresa Serviacabados, cuando los agentes de Porvenir en una reunión grupal les explicaron a los empleados de pasarse al fondo privado, y fue en ese momento que hizo el traslado. Afirma que la información brindada por los asesores era que iban a tener mejores dividendos y que ISS estaba inestable y se podía liquidar. Aduce que firmó el formulario de afiliación de manera voluntaria, pero que no lo leyó. No le explicaron como iba hacer la financiación, que iba a tener una cuenta de ahorro individual, y que su pensión podía ser heredable a sus beneficiarios. No le hablaron de aportes voluntarios, ni sobre las modalidades de pensión o rendimientos financieros. Conoce de los requisitos de pensión en los dos regímenes por otras fuentes, pero no fue informado por parte de la AFP. Le llegan los extractos y, no pudo hacer el traslado de régimen porque ya había pasado el requisito de los 10 años. Quiere retornar a Colpensiones porque le faltó información por parte de la AFP y la mesada pensional que aspira en el RAIS no es proporcional a los aportes por él realizados.

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A., 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). 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. En consecuencia, la sentencia será modificada en este aspecto.

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.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia, ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de abril de 2023, , 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 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: 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.

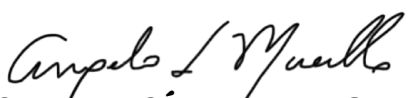
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CÉCILIA 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 012 2021 00248 01
DEMANDANTE: EDGAR ORLANDO RODRIGUEZ BOLIVAR
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.
PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de abril de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., posteriormente la AFP ING hoy Protección S.A., y por último la efectuada AFP Colfondos. En consecuencia, se ordené a los fondos demandados, a liberar de sus bases de datos, y devolver todos los recursos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a Colpensiones y; a esta última, a recibir al demandante como afiliado cotizante. Así mismo, se condene a los fondos al pago de las costas procesales y a lo ultra y extra Petita.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 17 de diciembre de 1958; empezó su vida laboral en enero de 1976, se afilió al sistema régimen de prima media a través del ISS. El día 16 de abril del 2001, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de formulario de afiliación con Horizonte, hoy Porvenir, posteriormente se trasladó a la AFP ING hoy Protección S.A. y, finalmente se afilió con la AFP Colfondos S.A el 05 de noviembre del 2013. Aduce que su traslado obedeció a no recibir información completa, necesaria, veraz, transparente y oportuna, pues ante la desinformación consideró que el RAIS le era mucho más beneficioso. Manifiesta que los asesores no le informaron sobre las características del régimen, un comparativo, riesgos, modalidades, bono pensional, funcionamiento financiero, factores a tener en cuenta para la mesada, entre otras, ni sobre el derecho de retracto; que además fue engañado, pues le indicaron que el monto de la pensión sería más alto al que le otorgaría el ISS. Colfondos le acreditó un total de capital acumulado en su cuenta individual de \$177.609.307 pesos y al hacer un comparativo de su mesada pensional, en Colpensiones sería mayor y más conveniente. Elevó solicitud a las demandadas, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, carpeta 1, archivo 06, fls. 6 a 35).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante e identificación y la falta de indicaciones por parte de las AFP para retornar a RPM. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito la prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que se corrobora con la suscripción del formulario; el accionante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad (expediente digital, carpeta 1, archivo 10 fls. 2 a 36).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del demandante e identificación y la reclamación administrativa de nulidad del traslado. Frente a los demás hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. 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 forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; que el demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; que durante su vinculación como afiliado de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad de hacerlo (expediente digital, carpeta 1, archivo 09 fls. 2 a 28).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió data de nacimiento del demandante e identificación, el traslado a esta AFP y la solicitud de nulidad con su respectiva respuesta. Frente a los demás hechos manifestó 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 el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM

y por el contrario, se vinculó a otra administradora de fondos de pensiones privadas (expediente digital, carpeta 1, archivo 13 fls. 3 a 28).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la afiliación con esta AFP y la suscripción del formulario. 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, nadie puede ir en contra de sus propios actos, 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 1, archivo 12 fls. 5 a 32).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 12 de abril de 2023 (expediente digital, carpeta 1, archivo 22), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el señor Edgar Orlando Rodríguez Bolívar identificado por C.C. No. 19.355.557, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad administrado por Horizonte hoy Porvenir el 12 de abril de 2001 junto con las afiliaciones efectuadas posteriormente a Protección el 6 de noviembre de 2001 y a Colfondos el 12 de noviembre de 2013, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al señor Edgar Orlando Rodríguez Bolívar al régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a Colfondos a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor Edgar Orlando Rodríguez Bolívar tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a Porvenir y a Protección a devolver a Colpensiones, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados al demandante, durante el tiempo que permaneció afiliado a estas, debidamente indexados de acuerdo a lo decidido.

QUINTO: CONDENAR a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegren Colfondos, Protección y Porvenir, con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor Edgar Orlando Rodríguez Bolívar al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a Colfondos, Protección, Porvenir, y Colpensiones, e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de Colpensiones, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, a su favor.

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 Colpensiones apelo lo resuelto. Manifestó que existió una correspondencia entre voluntad y acción, reflejo que se constituye en la firma de los formularios de traslado. Al accionante no 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, y no ser beneficiario del régimen de transición; por lo que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional y se pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Así mismo rechaza la condena en costas, como quiera que representaría un detrimento patrimonial para Colpensiones por decisiones en las que no tuvo injerencia, toda vez que el fondo privado es el que debió brindar el debido asesoramiento al demandante, siendo Colpensiones un tercero de buena fe.

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 al Instituto de Seguros Sociales desde el 04 de diciembre de 1975 al 31 de mayo del 2000 (archivo 11, expediente administrativo, fl. 781), migró al RAIS, a través de la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación el 16 de abril de 2001 (expediente digital, carpeta 1, archivo 9, fl. 37); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP ING hoy Protección S.A., a partir del 06 de noviembre de 2001 (expediente digital, carpeta 1, archivo 13, fl. 52), finalmente se traslado a la AFP Colfondos el 05 de noviembre de 2013 (expediente digital, carpeta 1, archivo 12, fl. 33).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que en su lugar de trabajo llegó una asesora de Horizonte hoy Porvenir, quien le ofreció unos beneficios en materia pensional, como una pensión anticipada y sin limitaciones, y la devolución de aportes en caso de que no quisiera pensionarse. De igual manera, le informó que el ISS se iba a acabar y que el fondo privado era mejor porque había una pensión heredable sin limitaciones. Aduce que firmaba los formularios de afiliación a las AFPs de

manera voluntaria y libre porque confiaba que su mesada pensional iba a ser mejor. Manifiesta que no se le informó sobre los rendimientos, aportes voluntarios y no recibía los extractos. De igual manera, asegura que no conoce los requisitos de afiliación al fondo privado y no hizo una reclamación a las AFPs en el tiempo que estuvo cotizando con las mismas. Quiere devolverse a Colpensiones porque al acercarse a las oficinas de la AFP Colfondos le informaron que su mesada pensional iba a ser del mínimo y se siente engañado porque creía que iba a ser superior; por lo cual, por manifestación de un asesor de la entidad, le informó que su mesada pensional en Colpensiones iba a ser más alta.

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

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 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 confirmará en este aparte, pero se adicionará 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 las AFPs Porvenir S.A. y 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). Por tanto, la sentencia se confirmará en este aparte, y se adicionará en el sentido de 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).

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.

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 del 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: ADICIONAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de abril de 2023, en el sentido de indicar que, al momento de cumplirse estas órdenes, 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: 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

012 2021 00248 01



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 00561 01
DEMANDANTE: ALINA SANTOS ARAGON PINEDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

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

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada a través de la AFP Protección S.A.; de igual manera, se declare que la actora nunca dejó de estar afiliada y vinculada al RPM. En consecuencia, se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar todos los aportes que se encuentren en la cuenta individual de ahorro pensional de la actora junto con los rendimientos financieros y el valor del bono pensional a Colpensiones y; a esta última, a recibir todos los aportes, rendimientos y valor del bono pensional. Así mismo, se condene a lo ultra y extra Petita y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 22 de junio de 1954; se afilió al régimen de prima media a través del ISS en marzo de 1983. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través

de la AFP Protección S.A. el 28 de junio de 2005. Aduce que no recibió información detallada, clara, suficiente, transparente, calificada, objetiva, comprensible y comparada sobre las características de los dos regímenes pensionales (RPMPD y RAIS) y las consecuencias de su traslado de régimen por parte de las AFPs; manifiesta que no le informaron sobre el derecho de retracto, ni le realizaron una proyección pensional en el momento del traslado. De igual manera, aduce que la actora al momento de firmar el formulario de vinculación y traslado al régimen tenía 51 años, y que acredita 1395.28 semanas de cotización. Elevó solicitud a las demandadas, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, carpeta 1, archivo 02, fls. 3 a 22).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS, la edad de la actora para el año 1994, que la misma era beneficiaria del régimen de transición, el traslado a la AFP, la edad de la demandante en el momento de radicación de la demanda, y la petición radicada con su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, 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 se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a las AFP; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y, no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; 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, carpeta 1, subcarpeta 04, archivo 4¹, fls. 1 a 24).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió data de nacimiento de la demandante, la edad de la actora para el año 1994, la afiliación a esta AFP, la edad de la actora al momento de firmar el formulario de afiliación, el número de semanas cotizabas para el año 2005, la edad de la demandante en el momento de radicación de la demanda, que la demandante continúa afiliada a esta AFP, las semanas cotizadas y la petición elevada con su respectiva respuesta. 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 el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que la demandante manifestó su voluntad de continuar perteneciendo al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento, de igual manera, que la AFP brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM (expediente digital, carpeta 1, archivo 03, fls. 1 a 25).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 28 de octubre de 2022 (expediente digital, carpeta 1, archivo 13), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante señora Alina Santos Aragón Pinedo del Régimen de Prima Media con Prestación

¹ J14LCB 2019-561 ALINA SANTOS ARAGON PINEDO

Definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A., señalando como consecuencia de esta declaración que ningún efecto jurídico surtió tal acto y por tanto, siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima Media administrado actualmente por Colpensiones.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Protección S.A. donde se encuentra vinculada actualmente la demandante a trasladar a Colpensiones, el saldo total de su cuenta individual de ahorro, incluyendo rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, prima de seguros previsionales y demás; devolución que se ordena o gastos que deben ser retornados a Colpensiones de manera indexada.

TERCERO: En relevarse el juzgado del estudio, la excepción de la pretensión, incoada de manera subsidiaria, dado que la formulada de manera principal encontró prosperidad.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo.

QUINTO: Condenar en costas de la acción a la AFP Protección S.A y a Colpensiones, en oportunidad de tasarán.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Protección no demostró que brindó información completa y suficiente, que le permitiera a la actora tomar la decisión consiente de trasladarse, requisito que no se acredita con la suscripción del formulario de afiliación, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones, recurrió la sentencia.

Colpensiones aduce que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en el entendido de que la misma no tuvo injerencia en la decisión tomada por la actora. Se debe tener en cuenta, que recibir a la actora afecta gravemente el giro financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones, debido a que afecta gravemente el PIB y la reserva pensional que se ha venido visto afectada de manera excesiva y preocupante por este tipo de procesos. Por otra parte, la actora se encuentra inmersa en prohibición legal para trasladarse al régimen pensional. De igual manera, se debe condenar a la AFP por incumplir el deber legal de información y no a Colpensiones por ser un tercero de buena fe.

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 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 de la 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 01 de enero de 1996 al 30 de junio de 2005 (expediente administrativo, carpeta 1, subcarpeta04, archivo CC-41732918HL²) y; migró al RAIS, a través de la AFP Protección S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación el 28 de junio de 2005 (expediente digital, carpeta 1, archivo 3, fl. 59 y 61).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que se afilió al RAIS por medio de la AFP Protección en razón a que un día la llamaron para un trabajo y ella se acercó a las instalaciones, donde se encontraban unas asesoras del fondo privado quienes le dijeron que se podía afiliarse al mismo, lo que hizo en razón a que le solicitaban que estuviera afiliada a un fondo de pensiones para ser contratada. Aduce que llenó el formulario de afiliación y lo firmó, pero que no le brindaron información clara, completa y suficiente sobre el régimen. Manifiesta que no tenía conocimiento de los requisitos para pensionarse en Colpensiones y no solicitó proyección pensional. Quiere retornar a Colpensiones porque recibiría una pensión digna y acorde a su mínimo vital.

² Carpeta 41732918- archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1794-20200812093006

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera 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 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 adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Protección S.A. administradora 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 este aparte. 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 y 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 dispuso tener a la accionante como afiliada y recibir los recursos.

No se causan costas en este grado jurisdiccional de consulta, 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 Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de octubre de 2022, que quedara 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 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; 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: 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.

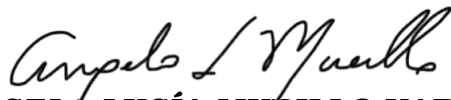
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

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

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 2020 00205 01
DEMANDANTE: JULIA ASTRID DUQUE MARTINEZ
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 (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de diciembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A., a realizar la devolución de los aportes realizados, a Colpensiones; y está a recibirla como afiliada. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita* y las costas y agencias en derecho del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 02 de junio de 1963. Inició sus cotizaciones a seguridad social en pensiones en el ISS, el 01 de marzo de 1982, hasta el 30 de septiembre de 1999. Se trasladó al régimen de ahorro individual el 12 de julio del año 1999, mediante formulario de afiliación. Aduce que, al realizar el traslado de régimen, no

recibió información suficiente, objetiva y clara; que se le informó que el ISS hoy Colpensiones se iba a acabar y su pensión se acabaría, junto con lo cotizado hasta ese entonces; que no le informaron de las consecuencias del cambio de régimen. Que, según el cálculo efectuado por Porvenir, su mesada pensional sería de \$1.362.400 y, en el RPM sería de \$2.318.736, a los 57 años de edad. Finalmente, elevó solicitud a las demandadas, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, documento 04).

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, la petición y la respuesta a la solicitud de ineficacia de traslado. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de mérito 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, improcedencia del traslado de régimen del pensionado y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a las AFP Protección y Porvenir; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y, no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; 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 17 fls. 1 a 24).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación a este fondo en julio de 1999, la radicación de la solicitud y su respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir,

buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes a Porvenir, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y, las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM y por el contrario, se vinculó a otras administradoras de fondos de pensiones privadas (expediente digital, archivo 16 fls. 1 a 29).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, su afiliación actual a este fondo y la solicitud de ineficacia del traslado. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. 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, se efectuó de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; que la demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; que durante su vinculación como afiliada de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (expediente digital, archivo 11 fls. 1 a 20).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de diciembre de 2022 (expediente digital, documento 32), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante señora **JULIA ASTRID DUQUE MARTINEZ**, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A, donde se encuentra vinculada actualmente la demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, seguros previsionales o pensión de garantía mínima, debiendo igualmente, Protección S.A., reintegrar a Colpensiones los valores que cobró a título de cuotas de administración o comisiones.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por el extremo pasivo.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de la acción a cada una de las demandadas.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Protección no demostró que brindó información completa y suficiente, que le permitiera a la actora tomar la decisión consiente de trasladarse, requisito que no se acredita con la suscripción del formulario de afiliación, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones manifestó que, en atención al principio de la relatividad jurídica, no puede resultar afectada al ser un tercero ajeno en el acto jurídico del traslado; que con la orden de recibir a la accionante como afiliada, se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Debe tenerse en cuenta que a la accionante está incurso en la prohibición de retornar al régimen de prima media, conforme a lo estipulado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Finalmente, en caso de confirmar la decisión, debe condenarse a las AFP al pago de perjuicios económicos a Colpensiones.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la 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 la accionante se afilió Instituto de Seguros Sociales, el 01 de marzo de 1982 al 30 de septiembre de 1999 (ExpedienteAdmtvoCOLPENSIONES¹) y, migró al RAIS, a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 12 de julio de 1999 (expediente digital, archivo 16, fls. 47 y 49); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Porvenir S.A., a partir del 23 de enero de 2003 (expediente digital, archivo 11, fl. 61 y 67).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en su laboral como docente de inglés, uno de sus alumnos que trabajaba en el fondo del Protección S.A. se le acercó y le ofreció trasladarse al fondo, porque iba a tener mejores oportunidades de hacer un ahorro adicional con su trabajo y, que iba a tener una mejor mesada pensional. No se le informó sobre los rendimientos, qué pasaría con la pensión en caso de que falleciera, ni sobre la pensión mínima. Decidió trasladarse al régimen privado porque los rumores decían que el régimen público se iba a acabar y creía que iba a tener una mayor estabilidad. No le informaron acerca del

¹ GRP-SCH-HL-66554443332211_2170-20220125085225.PDF

derecho de retracto. Tenía conocimiento sobre los requisitos en el RPM, no obstante, no tuvo una asesoría completa, ni por parte de Colpensiones.

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

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

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

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 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 este aparte, pero se adicionará 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 Protección S.A., de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida*

administrado por COLPENSIONES” (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será modificada en este aspecto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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.

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

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de diciembre 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 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; 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. Asimismo, **CONDENAR** a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo 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: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

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

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO/ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto

014 2020 00205 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 015 2021 00462 01
DEMANDANTE: ASTRID MARIA ZORAIDA HERNANDEZ ROMERO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de marzo de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia o, en subsidio la nulidad, del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de Horizonte hoy Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar los aportes realizados, rendimientos y demás sumas a Colpensiones; y ésta a recibirlos y a contabilizar las semanas cotizadas. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 26 de junio de 1953. Inició sus cotizaciones a seguridad social en pensiones en el ISS, en mayo de 1985. Se trasladó al régimen de ahorro individual en marzo de 1997. De acuerdo con su reporte de semanas, acredita 1.090 semanas y se encuentra cotizando en Porvenir S.A. Aduce que, al realizar el traslado de

régimen, no recibió asesoría clara y precisa de las consecuencias de cambio de régimen, ni ventajas y desventajas, por lo que el fondo violó el deber de información. Que, según el cálculo efectuado por Porvenir, su mesada pensional sería de \$1.432.529 pesos y en el RPM sería de \$3.859.707 pesos para el año 2021. Finalmente, elevó solicitud a las demandadas, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, documento 01 fls. 1 a 3).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora y, la petición y la negativa de traslado. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, y las declarables de oficio. Para enervar las pretensiones, argumentó que el traslado realizado por la accionante fue realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y; que no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 (expediente digital, archivo 25 fls. 1 a 8).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, la totalidad de semanas cotizadas, la solicitud de traslado y su respectiva respuesta. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. 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 forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; que el demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; que durante su vinculación como afiliada de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (expediente digital, archivo 14 fls. 1 a 24).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de marzo de 2023 (expediente digital, documento 35), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o el traslado efectuado por la señora **ASTRID MARIA ZORAIDA HERNANDEZ ROMERO** del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, el día 05 de marzo del año 1997 a través de la **AFP HORIZONTE** hoy **PORVENIR** y, como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a dicha **AFP PORVENIR**, donde actualmente se encuentra afiliada, trasladar los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos, los gastos de administración previsto en el literal q del artículo 13 y artículo 20 de la ley 100 de 1993, por el periodo en el que ha permanecido como su afiliada, comisiones que haya descontado, el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima a la Administradora del régimen de prima media **COLPENSIONES**; a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que en alguna época tuvo la señora demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas. **NO CONDENAR EN COSTAS** a favor ni en contra de Colpensiones y **CONDENAR EN COSTAS** a **PORVENIR** a favor de la parte actora; para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a (1) un salario mínimo legal vigente para el año 2023.

TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada, y dada la naturaleza jurídica de Colpensiones se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP, no cumplió con la carga de la prueba que se le impone, en cuanto a demostrar que cumplió con el deber de información al momento del traslado de la demandante.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones manifestó que, las consecuencias de la inobservancia del deber de información es la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, implica que las partes deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación al régimen de ahorro individual; lo que implica en este caso a Porvenir, trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto a sus rendimientos financieros, gastos de administración y primas de seguros previsionales de

invalidez y sobrevivencia, con cargo de sus propias utilidades, pues estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media desde el nacimiento del acto ineficaz.

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 de la 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 según el reporte de semanas cotizadas, que la accionante estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales, del 29 de mayo al 26 de agosto de 1985 (expediente administrativo, archivo 19) y; migró al RAIS, a través de la administradora Horizonte, hoy Porvenir S.A., mediante formulario de vinculación, del 5 de marzo de 1997 (expediente digital, documento 14, fl. 25 y 72).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en el año 1985 se afilió al ISS; para el año 1997 en la empresa que estaba trabajando se le informó que debía afiliarse a un régimen de pensión, que para esa época era mejor Horizonte, afirma que la asesora del fondo le dijo que no podía seguir en el ISS por la edad, porque ya no iba a tener pensión y, que debía continuar con un fondo privado; firmó el formulario de manera voluntaria, pero no fue quien lo llenó. A Porvenir no se trasladó, sino que Horizonte se acabó y le llegó la información que ahora seguía con Porvenir. En el momento del traslado solo le informaron que iba a ganar

unos rendimientos y, que al final, si no alcanzaba con las semanas, le iban a dar un dinero, también que podría dejar ese dinero en caso de fallecimiento; pero no tuvo información en ningún momento respecto de beneficios de afiliarse a Porvenir, aportes voluntarios, modalidades de pensión, la forma como se realizaría la liquidación, requisitos para acceder a la pensión, ni bono pensional; recibió los extractos y comparó que la mesada pensional iba a ser inferior a lo que estaba devengando. Cuando se dio cuenta que su pensión iba a ser del mínimo por parte del fondo y que tenía que tener un capital que aún no tiene, se dio cuenta que era más benéfico trasladarse al régimen público, pero ya tenía más de 47 años de edad.

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.

Como quiera que el Juzgado declaró ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, la Sala modificará la decisión de primera instancia, para declarar la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de

régimen pensional por trasgresión al deber de información se debe abordar desde esta institución en sentido estricto.

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., 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).

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.

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

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de marzo de 2023, que quedará del siguiente tenor: **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia y; en consecuencia, **CONDENAR** a 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 discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: 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.

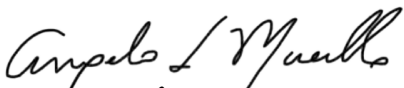
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del a quo.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

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 015 2021 00593 01
DEMANDANTE: MARLENY CORREDOR QUECAN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 02 de marzo de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. En consecuencia, se ordené a la AFP Colfondos a trasladar el monto total existente en la cuenta individual, junto con sus rendimientos, intereses y demás frutos generados, gastos de administración y demás rubros que hubiese recibido de la demandante a título de cotizaciones, a Colpensiones. Así mismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita* y, las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que cotizó para los riesgos de IVM inicialmente en el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones. En diciembre de 1997 se trasladó al RAIS, a través de Protección y, posteriormente a la AFP Colfondos, a partir de enero de 2003.

Aduce que en el momento del traslado no fue asesorada ni informada por la AFP de manera completa, clara y fehaciente, respecto de las consecuencias sobre derechos pensionales, ni se le hicieron cálculos ni proyecciones pensionales. Manifiesta que su mesada pensional sería superior de continuar en el RPM y; que el fondo privado incumplió su deber de información. Solicitó el traslado a las demandadas, obteniendo respuesta negativa (expediente digitalizado, archivo 08, fls. 1 a 11).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación al ISS, la radicación de la solicitud y su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito la prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que Colpensiones no tuvo injerencia alguna en el traslado de régimen de la demandante, que fue libre y voluntaria, como se corrobora con la suscripción del formulario; la accionante está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y, no es beneficiaria del régimen de transición. Además, no hay vicios en el consentimiento (expediente digital, archivo 20 fl. 1 a 8).

Por su parte, la AFP Protección rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se 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 aportes a Colfondos y, las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejerció de la facultad de

regresar al RPM y por el contrario, se vinculó a otras administradoras de fondos de pensiones privadas (expediente digital, archivo 25 fls. 1 a 24).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió el traslado a este fondo en enero de 2003 y, que dio respuesta a la petición. 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 de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, 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 de la demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, la actora no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, carpeta 31 fls. 1 a 17).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 02 de marzo de 2023 (expediente digital, archivo 42), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por la señora MARLENY CORREDOR QUECAN del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP PROTECCION el día 01 de diciembre del año 1997 y como consecuencia de lo anterior ORDENAR a la AFP COLFONDOS, donde actualmente se encuentra afiliada la señora demandante, traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual correspondiente a aportes, rendimientos, gastos de administración previstos en el literal q del artículo 13 y 20 de la ley 100 de 1993, comisiones y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, bono pensional si ya está acreditado allí, a la administradora del régimen de prima media, COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que tuvo la señora demandante en alguna época y los acredite como semanas efectivamente cotizadas teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR y/o ORDENAR a la AFP PROTECCION, donde en alguna época estuvo afiliado la señora demandante a trasladar lo correspondiente a los gastos de administración y comisiones que hayan descontado a la señora demandante durante el tiempo que estuvo vinculada a dicho fondo o las AFPS que asumió su responsabilidad por su supresión o vinculación con PROTECCION, todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la AFP PROTECCION para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a (1) un SMMLV para el año 2023. SIN COSTAS respecto a Colpensiones y a Colfondos, conforme se expuso en la parte motiva.

CUARTO: Si la presente providencia no fuera impugnada, y dado el resultado desfavorable y la naturaleza jurídica de Colpensiones se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta, respecto a Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Protección, no cumplió con la carga de la prueba que se le impone, en cuanto a demostrar que cumplió con el deber de información al momento del traslado de la demandante.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones manifestó que, las consecuencias de la inobservancia del deber de información es la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, implica que las partes deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación al régimen de ahorro individual; lo que implica en este caso a la AFP, trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto a sus rendimientos financieros, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, con cargo de sus propias utilidades, pues estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media desde el nacimiento del acto ineficaz.

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 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 de la demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

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

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de

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

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

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

prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones, desde el 29 de noviembre de 1980 al 2 de mayo de 1994 (carpeta de anexos¹); migró al RAIS, a través de la AFP Protección S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 01 de diciembre de 1997, posteriormente, cambió horizontalmente a Pensiones y Cesantías Santander, hoy Protección, el 13 de septiembre de 2001 (expediente digital, archivo 25, fls. 44, 46 y 47) y; finalmente, a la AFP Colfondos S.A, a partir del 10 de enero de 2003 (así fue aceptado en la contestación de la demanda, además de corroborarse con el extracto allegado en los anexos al plenario²).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que sus traslados a un fondo privado obedecieron a que decían que el ISS se iba acabar; en la empresa le entregaban el formulario que los asesores llenaban y ella firmaba, pero sin ninguna asesoría ni información. No tenía conocimiento de diferenciación entre el fondo privado y el Seguro Social; escogió el régimen de fondos privados porque por noticias informaban que tenía mejor rentabilidad y se pensionaría antes. Manifiesta, que en el ISS cotizó aproximadamente 660 semanas y luego estuvo como independiente, no obstante, al trasladarse al RAIS no le dijeron que pasó con esas semanas. Se mantuvo en el RAIS por desconocimiento de información y porque pensó que se iba a pensionar antes. Quiere retornar al régimen de prima media porque ahora se dio cuenta que el valor de su mesada sería muy superior a la del fondo privado y, se siente engañada, porque no tuvo la información suficiente sobre las condiciones del régimen, pues no tuvo una asesoría adecuada. Le llegaban los extractos al correo, pero siempre hacia el reclamo, porque no correspondían al pago que ella hacía. No le hicieron una proyección de su mesada pensional en Colpensiones.

¹ 21AnexosCorreo18072022ContestacionDemandaColpensiones / CC-51689036 / HISTORIA LABORAL.PDF

² 21AnexosCorreo18072022ContestacionDemandaColpensiones / CC-51689036 / GEN-ANX-CI-2018_12336197-20181001072351.pdf

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

Como quiera que el Juzgado declaró ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, la Sala modificará la decisión de primera instancia, para declarar

la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión al deber de información se debe abordar desde esta institución en sentido estricto.

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 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 Protección S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo 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 llamada 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 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.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 02 de marzo de 2023, que quedará del siguiente tenor: **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia y; en consecuencia, **CONDENAR** a Colfondos S.A. Pensiones Y Cesantías 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 discriminarse con sus correspondientes 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 recurrida, 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 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.

TERCERO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a

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

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

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

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 016 2020 00494 01
DEMANDANTE: LUZ ANGELICA MEJIA PEREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de enero de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de la AFP Porvenir S.A. el 03 de marzo de 1999. En consecuencia, se ordenó a la AFP Protección S.A. a trasladar la totalidad de aportes pensionales efectuados, junto con los rendimientos financieros y el valor del bono pensional a Colpensiones y, a ésta, a recibirlos y tenerla como afiliada sin solución de continuidad. Así mismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita* y, las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 20 de julio de 1959. Se afilió al sistema general de pensiones el 01 de abril de 1997, cotizando al ISS, hoy Colpensiones con 100.43 semanas. En junio de 1999

se trasladó al RAIS, a través de Porvenir, mediante el formulario de afiliación y, posteriormente, se trasladó a la AFP Protección en octubre del 2000, en donde se encuentra en la actualidad. Acredita un total de 1247 semanas. Indica que no se encuentra dentro del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Aduce que no fue asesorada ni informada por las AFP de manera completa, clara y veraz, sobre las condiciones específicas de su situación pensional, implicaciones y consecuencias del cambio de régimen o, sobre el monto y cálculo de la mesada. Manifiesta que en el RPM devengaría una mesada de \$7'539.491, mientras que en el RAIS sería de \$1'100.000. Solicitó a las demandadas su traslado al RMP, obteniendo respuesta negativa (expediente digitalizado, archivo 03, fls. 6 a 20).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, que no es beneficiaria del régimen de transición y, la petición elevada con su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepción previa, la de falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa y; de mérito las que denominó:, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, improcedencia de declaratoria de ineficacia de traslado o nulidad cuando se tiene el estatus de pensionado en el RAIS, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que se corrobora con la suscripción del formulario; la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y; está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en atención a la edad (expediente digital, archivo 06 fls. 3 a 21).

La AFP Porvenir 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 del

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 el formulario de afiliación y la vinculación a otra administradora de fondo de pensión privada; además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 05 fls. 2 a 30).

Por su parte, la AFP Protección rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, el no encontrarse dentro del régimen de transición y, la petición elevada con su respectiva respuesta. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se 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. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM y por el contrario, permaneció afiliada al mismo convalidando su consentimiento (expediente digital, archivo 8 fls. 3 a 26).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 13 de enero de 2023 (expediente digital, archivo 21), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ocurrida el día 3 de marzo de 1999 y con efectividad desde el primero de mayo de la misma anualidad, por ante la AFP PORVENIR S.A., que realizara la demandante señora LUZ ANGÉLICA MEJÍA PEREZ identificada con cédula de ciudadanía No 51.558.010. Ineficacia que se extiende al traslado que

efectuara la parte actora al Fondo Privado de Pensiones PROTECCIÓN S.A. el día 14 de septiembre del año 2000.

SEGUNDO: CONDENAR a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a COLPENSIONES, incluyendo las sumas correspondientes a capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, conceptos por gastos de administración, y en general toda suma recibida en el régimen de ahorro individual con solidaridad, con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor de la demandante. Condena que se hace extensiva a AFP PORVENIR S.A. respecto del periodo de tiempo que estuvo afiliada la demandante en ese fondo de pensiones.

TERCERO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a recibir los recursos, conforme a las condenas de los numerales anteriores, y reactivar la afiliación de la demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, el cual se declara como el único válido, en el que se ha encontrado afiliada la demandante.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la parte demandada, Practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo los montos de **Un Cuarto de Salario Mínimo legal Mensual Vigente**, como valor de las agencias en derecho a cargo de cada una de las demandas.

Como sustento de su decisión, señaló que no existe una probanza respecto de que, se haya cumplido por la AFP, a cabalidad con el deber de información a la actora, cuando efectuó el traslado de régimen pensional, referido a ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales; resultando el formulario de afiliación insuficiente para demostrar que existió un consentimiento suficientemente informado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones, adujo que a la demandante sí se le brindó información al momento del traslado por Porvenir en el año 1999, conociendo bastantes conceptos o características propias del régimen escogido, tan así que se trasladó horizontalmente a otro fondo en el mismo régimen, lo que es considerado como actos de relacionamiento, capaces de sanear la presunta deficiencia de la información brindada al momento del traslado. De acuerdo a lo dicho en el interrogatorio de parte, fue una decisión libre y voluntaria el cambiarse de régimen y, no concluye una falta de información, el no cumplir con las expectativas económicas. Asimismo, rechaza la condena en costas, como quiera que Colpensiones actuó como tercero de buena fe.

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 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 de la 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 actora estuvo afiliada y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones, desde el 27 de abril de 1997 al 30 de abril de 1999 (expediente digital, archivo 06, fl 22 a 24); migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 3 de marzo de 1999 (expediente digital, archivo 05, fl. 77 y 79); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Santander hoy Protección S.A., a partir del 14 de septiembre de 2000, donde se encuentra actualmente (expediente digital, archivo 08, fls. 35 y 42).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que ella se encontraba trabajando en el ICBF, cuando un asesor entró a su oficina y le informó sobre el traslado al fondo privado y los beneficios de este, como el no cumplir con edad ni tiempo, que el dinero lo podían heredar los hijos y que el ISS se iba acabar, por corrupción. Le dijo que no había que cumplir los requisitos, que se podía disponer de ese dinero, pero no le informó que lograr eso, tiene que cotizar con base en 10 salarios mínimos, para una pensión decente. Manifiesta que de manera voluntaria firmó el formulario, convencida que iba a tener una mejor pensión. Aduce que no se le informó

sobre el ahorro, modalidades de pensión. Respecto a aportes voluntarios, le dijo era que un dinero que se podía disponer, que tenía rendimientos como en cualquier Banco y que podría ayudar a que se pensionará mucho más rápido. Se trasladó a la AFP Santander porque le ofrecieron convenios en lo turístico. No obstante, en el año 2016, por una crisis en su salud, solicitó información sobre su mesada pensional en la AFP que se encuentra afiliada actualmente, enterándose que el valor de esta sería de poco más de un salario mínimo. Se mantuvo en el RAIS por desconocimiento de información. Quiere retornar al régimen de prima media porque ahora se dio cuenta que el valor de su mesada sería muy superior, por lo que se siente engañada por el único asesor que le aconsejó.

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

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 Protección S.A. administradora 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 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).

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 se modificará en este aparte. 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 llamada 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 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.

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.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de enero de 2023, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales 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. Asimismo, **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 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 recurrida 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto

Radicación n.º 110013105 016 2020 00494 01.

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 2021 00338 01
DEMANDANTE: PEDRO JOSE SIERRA LOZANO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de febrero de 2023.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad por ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se ordenó el traslado y afiliación del actor sin solución de continuidad, así como el traslado de la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas, gastos de administración, y demás dineros aportados a Colpensiones. Así mismo, se condene a lo ultra y extra Petita, costas y agencias de derecho a las demandadas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió por primera vez al régimen de prima media con prestación definida el 25 de septiembre de 1990, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de formulario de afiliación con Colfondos en octubre de 2000. Aduce que su traslado obedeció a no recibir información técnica suficiente, transparente, equitativa y adecuada, y por ello, por móviles erróneos, firmó

el formulario de trasladó al RAIS, administrado por Colfondos S.A. Manifiesta que el asesor no le informo sobre las características del régimen, un comparativo, riesgos, modalidades, bono pensional, funcionamiento financiero, factores a tener en cuenta para la mesada, entre otras, ni sobre el derecho de retracto. No se le informó que por su estado civil al momento de cumplir edad de pensión o de retiro voluntario, el Fondo Privado de Pensiones, le exigiría el 200% más de ahorro en su cuenta de ahorro individual para tener la pensión que hubiere esperado si fuere soltero. Elevó solicitud a las demandadas, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 01, fls. 1 a 5).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación al ISS y la reclamación administrativa frente a esta entidad. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito la prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, y buena fe. Argumentó que el accionante se encuentra inmerso en la prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y aceptarlo puede afectar el principio de sostenibilidad financiera (expediente digital, archivo 4, fls. 2 a 13).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió que se informó el estado civil del actor y la radicación de la petición con su respectiva respuesta. 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, archivo 6, fls. 5 a 23).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 13 de febrero de 2023 (expediente digital, archivo 19), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, señor Pedro José Sierra Lozano con destino a la Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones, con motivo de la ineficacia del traslado de régimen que realizara el mencionado demandante, por ante el régimen de ahorro individual con solidaridad en octubre del año 2000, y que fue efectivo desde diciembre del año 2000, debido a la omisión en el deber de información por parte de Colfondos S.A. sobre la cual se declara la mencionada ineficacia. El traslado de los recursos incluirá valores por capital, intereses, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, y en general todo valor que haya recibido por concepto de las cotizaciones efectuadas en favor del demandante, en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones a recibir los valores condenados en el numeral que antecede, y activar la afiliación del demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, el cual se declara como el único válido en el que se ha encontrado afiliado el demandante en seguridad social en pensiones, traduciendo en su historia laboral igual número de semanas de cotización que corresponden a las que fueron cotizadas en el Instituto de los Seguros Sociales, más el número de semanas que se cotizó ante el régimen de ahorro individual con solidaridad.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo los montos de Un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1 SMLMV), a cargo de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y Medio Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1/2 SMLMV) a cargo de Colpensiones, por concepto de agencias en derecho.

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

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde 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.

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 25 de septiembre de 1980 al 31 de octubre del 2000 (expediente administrativo¹) y migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos S.A. mediante la suscripción de formulario de vinculación el 10 de octubre de 2000 (expediente administrativo², fl. 33)

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que trabajaba en Bavaria como operario cuando ocurrió la afiliación al RAIS con Colfondos. Manifiesta que un asesor lo abordó a él y a otros compañeros de su trabajo en los bloques de su lugar de trabajo para informarles que se afiliarían al fondo privado. Aduce que no recibió información clara, completa y suficiente sobre el régimen, que no se le informó sobre los rendimientos, ni sobre una cuenta de ahorros individual y tampoco sobre el derecho de retracto. Manifiesta que el asesor le informó que con lo que tenía cotizado se podía pensionar con los años que quisiera; No se le informó que la pensión podría ser heredable; Asegura que firmó el formulario, pero no hubo motivación alguna, solo no quería perder lo cotizado en 20 años en el ISS. Quiere retornar a Colpensiones porque se siente engañado con la información brindada por Colfondos.

¹ Carpeta CC-4274065 HISTORIA LABORAL - archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2090-20210927110531

² Carpeta CC-4274065 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO- archivo GJR-NOT-AF-2021_8197841-20210719044352

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

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

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

Por tanto, 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 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 este

aparte. 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.

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: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de febrero de 2023, que quedara del siguiente tenor: **CONDENAR** a Colfondos a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales 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; 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 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Radicación n.º 110013105 016 2021 00338 01.

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto
016 2021 00338 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 17 2019 00158 01
DEMANDANTE: JOSE VICENTE SÁNCHEZ LÓPEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de septiembre de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió proceso ordinario laboral para que se condene a la demandada a pagarle un incremento adicional a su pensión del 21% por personas a cargo, a partir del 11 de julio de 2001, debidamente indexado; los intereses moratorios y, las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que contrajo matrimonio con la señora Ana Eloísa Naranjo de Sánchez, el 29 de enero de 1966, fecha desde la cual comparten lecho, techo y mesa; unión de la que procrearon 6 hijos, actualmente mayores de edad; empero, su hijo Exheomo Sánchez Naranjo fue calificado con invalidez superior al 50%; por lo que depende de su padre, al igual que la señora Naranjo de Sánchez; quien nunca ha cotizado para un fondo de pensiones ni ha estado afiliada, no tiene rentas de capital ni pensión de ninguna naturaleza. Mediante Resolución No. 022327 de 2001, el ISS le reconoció pensión de vejez al actor, modificada por acto administrativo del 13 de marzo de 2003, a partir del 11 de julio de 2001. El 14 de febrero de 2019 solicitó a Colpensiones el incremento por

personas a cargo, resuelta de manera negativa (expediente digital, archivo 01, fls. 3 a 8).

Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió la falta de afiliación y cotizaciones de la señora Naranjo de Sánchez; calidad de pensionado del actor, la petición del incremento por personas a cargo y, su negativa. De los demás hechos dijo que no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de falta de causa para pedir, prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, y las declarables de oficio. Para enervar las pretensiones, argumentó que al demandante no le asiste derecho al reconocimiento del incremento por personas a cargo, pues este no integra el derecho a la pensión y fue derogado por la Ley 100 de 1993 (Exp. digital, carpeta 04, fls. 3 a 14).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de septiembre de 2022, resolvió declarar probada la excepción de prescripción, absolver a la demandada de todas las pretensiones y, condenar en costas al demandante.

En lo fundamental consideró que, siguiendo la postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los incrementos por persona a cargo se encuentran vigentes, empero sobre este derecho operó la prescripción por no reclamación oportuna.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante arguye que, al ser el incremento pensional por personas a cargo, prestaciones de tracto sucesivo, se debe aplicar la prescripción de manera parcial.

IV. CONSIDERACIONES

Se encuentra demostrado que mediante Resolución No. 022327 de 2001, la demandada Colpensiones reconoció al actor pensión de vejez en

aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, a partir del 1º de octubre de 2001 por ser beneficiario del régimen de transición; modificada por Acto Administrativo 003218 de 13 de marzo de 2003, en el sentido de concederla a partir del 11 de julio de 2001 (13ExpedienteAdministrativo, fls. 23 y 25).

Pues bien, en el presente asunto pretende el demandante el incremento adicional a su pensión del 14% 7% por personas a cargo, contemplado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por esposa o compañera dependiente y por hijo inválido.

El precepto en cita, dispone:

ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

- a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y,
- b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder del cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima legal.

Sobre la vigencia de los incrementos, conviene precisar que el criterio jurisprudencial que acogía la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, estaba encaminado a que los incrementos del 14 y 7% previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049/1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año, se encontraban vigentes (sentencias del 27 de julio de 2005 radicado 21517; del 5 de diciembre de 2007 radicados 29751, 29531, 29741; SL5147 de 2018; SL1825 de 2019 y SL2955 de 2019); empero, ante un nuevo estudio el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción recogió su postura a partir de la sentencia SL 2061 de 2021 al señalar que la norma que contempla los referidos incrementos fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la Constitución Nacional a, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, para ello, trajo a colación lo

señalado por la H. Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019, la que en lo pertinente, indicó:

[...]

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

[...]

7. Conclusiones

De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.

Al amparo de lo expuesto, el derecho reclamado no se causó por falta de fundamento normativo, pues si bien al actor le fue reconocida pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, ello sucedió en aplicación del régimen de transición y no porque el derecho se hubiere configurado directamente en la norma antes que fuera derogada tácitamente por la Ley 100 de 1993, por lo que hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

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 12 de septiembre de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., pero por las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la alzada.

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 2020 00184 01
DEMANDANTE: MYRIAM PARRA QUIÑONES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir y Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de enero de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de la AFP demandada. Posteriormente se declare que la actora nunca migró al RAIS y siempre estuvo afiliada al RPM. En consecuencia, se condene a las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a restituir los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades a Colpensiones y, está última, a recibir los dineros provenientes del RAIS y contabilizar para efectos de la pensión todas las semanas de cotización. Así mismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita*, las costas y agencias en derecho del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 09 de agosto de 1964; se afilió al Sistema General de Pensiones con el ISS hoy Colpensiones desde marzo de 1986. En marzo de 1996 motivada por su empleador, se trasladó al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A. Aduce que se trasladó al fondo privado porque la información que recibió fue que se podía pensionar a cualquier edad y con la mesada que quisiera. No se le brindó información sobre las modalidades de pensión, beneficios y desventajas de cada régimen, implicaciones y/o consecuencias del traslado, bono pensional y derecho al retracto. No se le brindó información correcta, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las prestaciones económicas que manejaba cada régimen pensional. Se trasladó en marzo del 2000 con la AFP Colpatria S.A. Asegura que no se realizó una proyección pensional. El 15 de mayo de 2002 se trasladó a la AFP Colfondos S.A. Elevó peticiones ante las demandadas, obteniendo respuestas negativas (expediente digital, archivo 02, fls. 1 a 23).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la accionante, la afiliación al ISS, la afirmación legal de creación del RAIS contenida en la ley 100 de 1993 y la respuesta negativa ante la solicitud de ineficacia de traslado y retorno. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la afiliación de la demandante al RAIS se realizó con plena voluntad, suscribiendo el formulario para efectuarla, voluntad que se vio ratificada con los más de 15 años que ha realizado cotizaciones a ese régimen; la accionante está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. Aduce que sobre la afiliada también recaía su deber de información (expediente digital, archivo 05, fls. 2 a 29).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la data de nacimiento de la accionante, la

petición elevada y su respectiva respuesta. Frente a los demás hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., 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 de la demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, la actora no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 04, fls. 9 a 29).

Pese a haber sido debidamente notificada, la AFP Porvenir S.A., guardó silencio (archivo 06).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 26 de enero de 2023 (expediente digital, archivo 17), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de vicios del consentimiento y prescripción, propuestas por las demandadas Colfondos S.A., y Colpensiones, según lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la señora Myriam Parra Quiñones identificada con la C.C. 39.702.311, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, a través de Porvenir S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que la demandante señora Parra Quiñonez, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que Colpensiones, tiene la obligación legal de validar su retorno sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones Colfondos S.A., como actual administradora de pensiones de la demandante, trasladar a Colpensiones todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, traslados de dinero efectuados por Porvenir S.A., o por otras AFPs, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo lo anterior con sus frutos y rendimientos, debiendo además devolver los gastos y comisiones de administración que descontó en su momento, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, según lo considerado en precedencia.

QUINTO: CONDENAR a Porvenir S.A., a su vez, devolver también gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y valores utilizados en seguros previsionales, los que deberá devolver debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo vinculada con esa AFP; o las administradoras de fondos de pensiones que le fueron sucedidas por Porvenir S.A.

SEXTO: ORDENAR a Colpensiones, recibir el traslado de fondos que efectúen a favor de la demandante tanto por Porvenir S.A., como Colfondos S.A., y convalidarlos en la historia laboral de la afiliada, y se autoriza a Colpensiones para desplegar las actuaciones administrativas del caso, en procura de obtener la devolución de todos los valores, con miras a proteger el sistema financiero de Colpensiones.

SÉPTIMO: SE DISPONE CONDENAR EN COSTAS a las demandadas, y se dispone que una vez en firme la presente sentencia, por Secretaría, se practique la liquidación incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una, por valor de \$1'000.000 M/Cte.

OCTAVO: SE DISPONE LA CONSULTA a favor de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que no demostraron las AFP haber brindado a la afiliada en el momento del traslado al RAIS, información clara que le permitiese tener claras las condiciones y características de ese régimen, sin que pueda suplirse por los traslados o vinculaciones entre administradoras.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes Porvenir y Colpensiones, apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. se opone a la devolución de las sumas debidamente indexadas, argumentando que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFPs está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de sus afiliados, por lo cual es incompatible y excluyente la indexación, puesto que los recursos de la cuenta de ahorro individual del accionante no se han visto afectados por la inflación, puesto que han generado rendimientos superiores a los garantizados en el RPM. Por otra parte, ordenar la indexación resulta imponer una doble sanción sin razón alguna, por cuanto afirma que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado en los emolumentos a retornar.

Colpensiones se opone a la condena en costas, toda vez que manifiesta que no se cumplen los requisitos para la procedencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, debido a que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado en razón a la edad.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la 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 de la 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 seguro social, hoy Colpensiones, desde el 01 de marzo de 1986 al 30 de abril de 1995 (expediente digital, archivo 05, fl.55); migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 26 de marzo de 1996, posteriormente se trasladó a la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A., el 22 de marzo del 2000 (expediente digital, archivo 07, fls. 5, 7 y 8) y; finalmente se trasladó a la AFP Colfondos S.A el 15 de mayo de 2002 (archivo 02Demanda, fl. 136).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que los asesores de los fondos privados iban a la empresa en la que trabajaba y le informaban que el fondo privado era mejor porque iban a obtener una mejor pensión junto con unos rendimientos. Manifiesta que firmó el

formulario de vinculación al primer fondo de pensión y que se trasladó de manera libre y voluntaria. Aduce que la AFP Porvenir no le brindó asesoría y que solo pasaban los formularios para que fueran firmados por los empleados. Se afilio a Colfondos cuando trabajaba en la Notaría 30. No le explicaron sobre la cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión o derecho de retracto. Manifiesta que no le explicaron las diferencias entre los dos regímenes, que sabía que para pensionarse en el RPM debía cumplir 57 años y un número de semanas. Quiere retornar a Colpensiones porque de acuerdo a la proyección pensional efectuada por un asesor de Colpensiones se dio cuenta que su mesada pensional sería mayor que la que recibiría en el RAIS, de acuerdo a lo cotizado en esos años de trabajo.

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

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 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). En consecuencia, la sentencia será confirmada en este aspecto, pero se adicionará en lo referente a 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 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 aspecto, pero se adicionará en lo referente a 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).

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.

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

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 los recursos y convalidarlos en la historia laboral de la afiliada.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR los numerales CUARTO y QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de enero de 2023, en el sentido de indicar que la condena allí impuesta, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos también deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



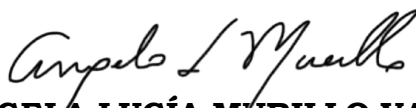
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto

017 2020 00184 01



-
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 00136 01.
DEMANDANTE: FLOR DE LIL BERMUDEZ LOPEZ.
DEMANDADO: SALUD TOTAL EPS Y GOLD RH S.A.S.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de julio de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante convocó a juicio a la demandada para que se declare la existencia de una relación laboral con Salud Total EPS S.A., sin solución de continuidad, del 17 de abril de 1996 al 3 de julio de 2018, pues la sociedad Gold RH S.A.S. actuó como simple intermediaria y; que los conceptos devengados denominados como medios de transporte, auxilio no salarial para medios de transporte, auxilio no salarial y reconocimiento de equipos productivos, eran en realidad comisiones. En consecuencia, se condene a la empleadora a pagar la reliquidación de cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, primas y aportes al sistema general de pensiones y salud, la sanción por no consignación de cesantías, la correspondiente al no pago de los intereses a las cesantías, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST; las diferencias de los aportes a salud y pensión; la indexación; intereses moratorios y; las costas.

Subsidiariamente, solicitó se declare solidariamente responsables a Gold RH S.A.S. y Salud Total EPS-S y; se ordene el pago de la

reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema general de salud y pensiones, entre el 14 de enero de 2014 y el 3 de julio de 2018; así como, las sanciones por no consignación de cesantías, no pago de los intereses a las cesantías, moratoria, y la indemnización por despido sin justa causa; diferencias de los aportes a salud y pensión; indexación; intereses moratorios y; costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que laboró para Salud Total EPS-S, a través de contrato de trabajo a término indefinido, suscrito el 17 de abril de 1996, desempeñándose en el cargo de Asesor de Ventas, con un salario mensual de \$210.000, más \$2.200 sobre cada usuario, por afiliación efectiva realizada, a título de incentivo de transporte correspondiente a los gastos de transporte, que no fueron tenidas como factor salarial. Que la EPS suscribió contrato comercial con la Cooperativa Colaboramos, para que ésta realizara la afiliación de usuarios al Plan Obligatorio a Salud Total; por lo que suscribió con la demandante una terminación del contrato por mutuo acuerdo, a partir del 3 de junio de 2003, mismo día en que ingresó a la CTA, para realizar la misma actividad económica, hasta el 16 de enero de 2005. El 17 de enero de 2005, ingreso a la CTA Talentum, como Asesora Comercial al servicio de Salud Total, con horario de lunes a viernes, de 7 a.m. a 6 p.m., hasta el 13 de enero de 2014; finalizado presuntamente por mutuo acuerdo, pero en realidad, en virtud del proceso de formalización laboral suscrito entre la EPS, la Cooperativa y la sociedad Gold RH S.A.S.; ésta última, con quien suscribió contrato a término indefinido el 14 de enero de 2014, vigente hasta el 3 de julio de 2018, con el objeto de prestar sus servicios como asesor profesional en favor de Salud Total EPS S.A., habiendo actuado la susodicha empresa, como simple intermediario. En todo caso, sus servicios siempre fueron prestados a favor de Salud Total EPS S.A.

Aduce que además del salario, percibía unos valores denominados como medios de transporte, y/o beneficio no salarial, que realmente eran comisiones por las ventas que efectuaba en cada periodo, no obstante nunca se tuvo en cuenta este valor para el pago de los conceptos ahora reclamados; así como tampoco, para el cálculo de su mesada pensional,

puesto que, ya fue pensionada por la AFP Porvenir. El último salario devengado fue de \$3.060.112 (fls. 2 a 36).

Al contestar, Salud Total EPS-S S.A., se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió el contrato de trabajo suscrito con la demandante en 1996, el cargo, salario y el incentivo de transporte, en los términos pactados; la fecha de terminación del contrato comercial con la CTA Colaboramos y, el contrato suscrito con Talentum CTA. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Propuso las excepciones de cosa juzgada, inexistencia de la relación laboral, inexistencia de solidaridad, buena fe, cobro de lo no debido – inexistencia de la obligación, compensación, prescripción y, las demás declarables oficiosamente. Fundamentó su defensa en que contrató los servicios de las CTA y posteriormente del contratista independiente Gold RH, con el fin de promover la gestión comercial para conseguir clientes y usuarios nuevos con total autonomía, autogobierno y autodeterminación e independencia, en virtud del artículo 18 del Decreto 1485 de 1994, sin que ello configure una labor misional al separarse del objeto de la EPS; por lo que no existió por parte de la EPS ningún acto de desnaturalización de la relación cooperativa. Finalmente Salud Total no fue el verdadero empleador del demandante, pues no se indica los actos que se estima fueron determinantes para la desnaturalización de la relación contractual (fls. 535 a 564).

Gold RH S.A.S., se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el contrato de trabajo suscrito con la actora por parte de esta empresa, los extremos y el cargo; respecto de los demás, manifestó no ser ciertos o que no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones, mala fe del actor, falta de causa y título para pedir, pago, prescripción, compensación, enriquecimiento sin justa causa, abuso del derecho, buena fe de la demandada, y las declarables de oficio. Para enervar las pretensiones, adujo que la demandante recibió la remuneración y los pagos no constitutivos de salario, de conformidad con lo acordado por las partes, establecido por la ley y lo señalado por la jurisprudencia; asimismo, la empresa realizó la liquidación y pago de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, sin que

adeude suma alguna. Finalmente, no se presenta una intermediación o tercerización laboral ilegal, ni la figura de simple intermediario (fl. 652 a 688).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de julio de 2021 (CD fl. 819), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre la Señora Flor De Lil Bermúdez López y las demandas Salud Total EPS S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido - contrato realidad, el cual estuvo vigente desde el día 17 de abril de 1996 al 3 de julio de 2018, concurriendo de forma solidaria en todas condenas la empresa Gold RH S.A.S.; de acuerdo con la parte motiva de este proveído. Esta solidaridad inicia para la empresa Gold RH S.A.S., desde el 14 de enero de 2014 y, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad demandada Salud Total EPS S.A. y solidariamente a la empresa Gold RH S.A.S., a pagar a favor de la demandante la señora Flor de Lil Bermúdez, las siguientes sumas de dinero:

- \$11.427.679, por concepto de auxilio de cesantías.
- \$1.149.547, por concepto de intereses a las cesantías
- \$11.427.679, por concepto de reliquidación prima de servicios.
- \$5.592.600, por concepto de reliquidación vacaciones
- \$131.691 diarios, por indemnización moratoria, desde el día 3 de julio del año 2018 hasta el día 2 de julio del año 2020, corriendo a partir de dicha data, esto es, desde el 3 de julio de 2020 en adelante solamente los intereses moratorios por el valor impago, de acuerdo con lo establecido en el artículo 65 del C.S.T., y a la parte motiva de esta sentencia.
- \$103.024.416, por concepto de no consignación de cesantías.

TERCERO: CONDENAR a la demandada la empresa Salud Total EPS S.A. y solidariamente a la empresa Gold RH S.A.S., a pagar a favor de la demandante señora Flor De Lil Bermúdez López ante la entidad para la cual se encuentre afiliada la reliquidación de los aportes en pensión, previo cálculo actuarial que realice la misma desde el 3 de junio de 2003 hasta el 3 de julio de 2018, sobre las siguientes bases salariales:

- Del 03 junio de 2003 al 16 de enero de 2005: \$416.154.
- Del 17 de enero de 2005 al 13 de enero de 2014: \$734.200.
- Del 14 de enero de 2014 al 3 de julio de 2015: \$ 842.452
- Del 4 de julio de 2015 al 3 de julio de 2018: Los promedios señalados anteriormente y de acuerdo con la liquidación que se adjunta a esta sentencia.

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

QUINTO: Declarar probadas parcialmente las excepciones de prescripción y compensación, de acuerdo con la parte motiva de este proveído.

SEXTO: CONDENAR en costas a la empresa Salud Total EPS S.A. y la empresa Gold RH S.A.S, a pagar en favor de la demandante por concepto de costas procesales la suma de \$5.000.000, suma que deberá cancelar cada una de las demandadas a favor de la parte actora.

SÉPTIMO: Contra esta sentencia solo procede el recurso de apelación.

En lo fundamental, señaló que la demandante laboró de forma directa con la empresa Salud Total EPS y, de forma posterior a través de diferentes cooperativas de trabajo y finalmente con la empresa Gold RH SAS, desempeñando la misma función; configurándose la desnaturalización del contrato de trabajo, cuando la cooperativa de trabajo incurre en intermediación laboral; pues la demandante desempeñó la labor propia de asesoría para la vinculación de personas al sistema obligatorio de salud administrado por la EPS, quien siempre recibió en beneficio la labor por la demandante, manteniendo ese vínculo contractual sin solución de continuidad; siendo verdadero empleador la EPS y, la empresa Gold RH SAS, al prestarse para hacer este tipo de tercerización laboral no autorizado por la ley, es solidariamente responsable. Indicó que los valores reconocidos como medios de transporte remuneraban el servicio y por consiguiente debía ser atendido como factor salarial, ya que el importe de esos rubros estaba ligado directamente a la prestación personal del servicio. Consideró que estaba llamada a prosperar la excepción de prescripción de manera parcial. Finalmente, condenó al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, por cuanto consideró que al acreditarse que los medios de transporte eran realmente factor salarial, coligió la mala fe del empleador al desdibujar la figura realizando una exclusión salarial sobre un concepto que por mandato legal es salario.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas, apelaron la decisión.

Salud Total EPS S.A. adujo que el contrato de trabajo con la demandante terminó por mutuo acuerdo en el año 2003, sin que se indicará por el Juzgado la razón por la cual la misma no se tuvo como válida. Respecto de la vinculación de la actora con las cooperativas de trabajo asociado, se logró demostrar la organización autogestionada de éstas, en estricto cumplimiento a la Ley 79 de 1988 y el Decreto 4588 del 2006, sin que la EPS hubiere intervenido o ejercido alguna subordinación

propia de los contratos de trabajo. Asimismo, la contratación que se hizo con Gold RH S.A.S., que estuvo amparada en lo dispuesto en la Ley, sin que se den los presupuestos para la declaración de una existencia de contrato de trabajo con la EPS y, por tanto, no habría lugar a emitirse condena en ese aspecto. De manera subsidiaria, aduce que la liquidación no corresponde a la realidad, debiéndose contar la prescripción desde la presentación de la demanda al término trienal y, en atención al hecho 53 de la demanda, en donde se aceptan los pagos a partir de febrero del 2017; lo que también debe tenerse en cuenta para la aplicación de los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990.

Por su parte, la sociedad Gold RH S.A.S. manifestó que no se presentó una figura ilegal de tercerización, pues la actividad misional de una EPS es la prestación del plan obligatorio de salud, aunado a que el Decreto 1485 de 1994 les permite contratar con terceros especialistas las actividades de afiliación. Considera que el denominado medio de transporte no constituye salario, pues así quedó sentado contractualmente por las partes, amparado en lo dispuesto en el artículo 128 del CST, y la jurisprudencia. Respecto a la sanción moratoria, aduce buena fe, por haber suscrito el contrato de trabajo con la demandante a término indefinido, bajo la figura de acuerdo de formalización laboral, ante el Ministerio del trabajo, sin que se afectara situaciones particulares; recalcando que los testigos de la demandante, tienen que ver con situaciones particulares donde ellos buscan una situación personal. Reprocha la solidaridad decretada, pues no es una empresa de servicios temporales y, sus labores son diferentes a las de la EPS. Finalmente, aduce que, de confirmarse, debe tenerse en cuenta que, en materia de reliquidación de aportes, opera también la prescripción.

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 la controversia jurídica en el sub lite se contrae en dilucidar: **i)** si la demandada Salud Total EPS S.A. fue el verdadero empleador de la demandante, durante todo el tiempo

pretendido; **ii)** si los denominados medios de transporte constituyen o no factor salarial y en consecuencia de ello si hay lugar a la reliquidación de las acreencias pretendidas; **iii)** si hay lugar a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, así como a la consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; **iv)** si hay lugar a declarar estructurada la prescripción en materia de reliquidación de aportes pensionales y, desde febrero del 2017 hacia atrás o desde la finalización del vínculo contractual y; **v)** si Gold RH S.A.S., debe responder solidariamente.

i) De la existencia del contrato de trabajo.

Sea lo primero señalar que, no fue objeto del litigio, que entre la demandante y Salud Total EPS S.A., existió un contrato de trabajo, vigente del 17 de abril de 1996, mediante contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando el cargo de Asesor de Ventas (contrato de trabajo, fl. 126 a 132, y certificación laboral, fl. 125 y 571); terminado el 3 de junio de 2003, mediante terminación de contrato de trabajo de mutuo acuerdo entre las partes (fl. 148), ratificada en acta de conciliación (fl. 565 a 567).

Ese mismo día, 3 de junio de 2003, la demandante se asoció a la Cooperativa de Trabajo Asociado Colaboramos, para ejercer como Asesora, en la Unidad estratégica de negocios: Salud Total, de Bogotá, en virtud del acuerdo cooperativo y, que se extendió hasta el 16 de enero de 2005 (liquidación del acuerdo cooperativo, fl. 170 y, certificación fl. 171).

A partir del 17 de enero de 2005 y hasta el 13 de enero de 2014, estuvo asociada a la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum, según constan en la certificación de fl. 113, en la que además se indica que la demandante: *“Prestó sus servicios personales para desarrollar las labores u oficios bajo el cargo de ASESOR PROFESIONAL, conforme a las necesidades de la Cooperativa en la Unidad de servicios SALUD TOTAL”*.

El 14 de enero de 2014, la demandante suscribió contrato de trabajo a término indefinido con Gold RH S.A.S., para desempeñarse como Asesor Profesional, (fls. 179 a 185); en virtud del contrato de mandato celebrado entre la sociedad y Salud Total EPS; en el cual debía, entre otras,

“Asegurar la promoción de los productos de la EPS Salud Total (...) con el fin de garantizar la afiliación de la población que cumple con las características para que la afiliación sea efectiva.”; contrato que se extendió hasta el 3 de julio de 2018 (certificación fl. 176 a 177 y liquidación definitiva, fl. 178).

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.

A su vez, el artículo 24 del *ibidem*, dispone que el contrato de trabajo se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. 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.

Bajo ese horizonte, una vez reunidos los tres elementos, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, tampoco por las condiciones particulares que le asigne el empleador, ni por las modalidades de la labor o por el tiempo que en su ejecución se invierta, ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador, ni de la

naturaleza de la remuneración, sea en dinero o en especie, o el sistema de pago ni de cualquier otra circunstancia.

De conformidad con el certificado de existencia y representación legal que milita a folios 37 a 46, se advierte que el objeto social de la Salud Total EPS-S S.A., es el de *“ORGANIZAR Y GARANTIZAR DIRECTA O INDIRECTAMENTE LA PRESTACIÓN DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD A LOS AFILIADOS DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO Y DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO”* y, en desarrollo del mismo, determinó como una de sus funciones las de: *“B) PROMOVER LA AFILIACIÓN DE LOS HABITANTES DE COLOMBIA AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN SU ÁMBITO GEOGRÁFICO DE INFLUENCIA, GARANTIZANDO SIEMPRE LA LIBRE ESCOGENCIA DEL USUARIO.”*

Así mismo, entre Salud Total EPS S.A. y Gold RH S.A.S., se celebró contrato de mandato, el 1º de enero de 2014, en el que la Entidad Promotora de Salud le confirió a la sociedad mandataria *“...el encargo de promocionar las afiliaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud...”* (fl. 794 a 808).

Al rendir declaración de parte, la demandante manifestó que sus funciones siempre fueron las de representar a Salud Total, llegar a las empresas, visitarlas; que nunca se identificó con nombre de ninguna de las cooperativas con las que los afiliaron; hacia su gestión con el empleador y las personas, de darle la información sobre la Seguridad Social, sobre los beneficios que prestaba la EPS, para hacer afiliaciones y traslados, fidelización con el cliente, programas de promoción y prevención, y en general las cosas que surgieran para prestar buena atención y representar bien a la EPS.

En el interrogatorio de parte rendido por los representantes legales de las sociedades demandadas, dan cuenta que el demandante trabajo para la EPS Salud Total, inicialmente de forma directa y, posteriormente a través de Cooperativas de Trabajo Asociado y, finalmente con la empresa Gold RH S.A.S. Así, la representante de ésta última, manifestó que la demandante fue vinculada por virtud del acuerdo de formalización laboral suscrito por su representada ante el Ministerio de trabajo.

Se recibieron los testimonios de Magdalena Vela González y Carmen Julia Romero, quienes fueron coincidentes en afirmar que se vincularon en el 96 a Salud Total, en la misma fecha que la demandante, todas en el cargo de asesor de ventas. Que en virtud de su contrato, debían hacer afiliaciones en diferentes empresas, cumplían un horario de lunes a viernes de 7 de la mañana a 6 de la tarde, tenían un jefe, con quien tenían una reunión todos los días a las 7 de la mañana; las funciones eran esencialmente las de ofrecer servicios del sistema obligatorio de salud administrado por la EPS salud total. Afirman que inicialmente fueron vinculados por Salud Total y después pasaron a la cooperativa de trabajo asociado, primero a Colaboremos y, luego a Talentum; les informaron que la cooperativa la iba a formar Salud Total para seguir con el mismo trabajo a la EPS. Posteriormente, la cooperativa tuvo que desaparecer y contrataron un outsourcing, que fue Gold RH, y pasaron a ese empleador. Indicaron que las funciones seguían siendo las mismas, los jefes y las instalaciones las mismos; las instalaciones siempre fueron las mismas; siempre siguieron trabajando como asesoras comerciales de salud total; los carnets, uniformes y papelería, siempre tuvieron el logo de Salud Total, independientemente de quien era el empleador

Testimonios estos que para la Sala cuentan con credibilidad, en atención al conocimiento directo que les asiste sobre las situaciones fácticas aquí controvertidas, pues trabajaron con la demandante desde el inicio de la vinculación directa con la EPS y, dieron cuenta de situaciones fácticas en relación con aquella, más no solo de contextos personales, como reprocha la censura.

Finalmente, se recibió el testimonio de Aida Rueda Ariza directora administrativa de Talentum, quien señaló que la demandante fue asociada de la cooperativa entre enero de 2005 y enero de 2014, en el cargo de asesora comercial, cuyas funciones consistían en hacer la búsqueda de posibles interesados en tomar el seguro de salud de una de las unidades estratégicas de negocio que era Salud Total.

Revisados los elementos de prueba, se concluye que la labor desarrollada por la promotora del juicio al servicio de Salud Total Eps-S

S.A., como Asesora de Ventas, eran actividades misionales de la entidad, sin la cual, aquella no podría cumplir la misión para la cual fue creada conforme a su objeto social.

En ese orden de ideas, al ser actividades catalogadas como misionales de la EPS, debe darse aplicación al artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 la que dispone que: *“El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes”* (subraya fuera de texto original).

En tal virtud, se avizora que la Entidad Prestadora de Salud, Salud Total EPS-S S.A., disfrazó el contrato de trabajo que la ataba con la demandante, pues a partir del 3 de junio de 2003, acudió a una forma de vinculación inadecuada, para servirse de un trabajo que hacía parte de su actividad misional, por lo que debía haber continuado con la contratación directamente. En consecuencia, es menester declarar que entre la EPS y la accionante, sí existió un verdadero contrato de trabajo conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formas regulado desde la Ley 6ª de 1945 y su Decreto reglamentario 2127 del mismo año, así como en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Nótese que, aun cuando fue allegado al plenario una supuesta terminación de contrato de trabajo de mutuo acuerdo entre Salud Total EPS y la demandante, con su respectiva conciliación, de fecha 3 de junio de 2003, indicando que en esa fecha culminaría el vínculo contractual (fl. 565 a 569), en esa misma fecha se dio inicio al vínculo asociativo con la Cooperativa de Trabajo Asociado Colaboramos, que se extendió hasta el 16 de enero de 2005 (fl. 171), asociándose a la CTA Talentum al día siguiente, 17 de enero de 2005 y hasta el 13 de enero de 2014 (fl. 113) y, finalmente, suscribiendo contrato con Gold RH S.A.S., a partir del siguiente día, 14 de enero de 2014 (fl. 703 a 710); siempre ejerciendo como Asesora de Ventas o Profesional, al servicio de Salud Total EPS-S S.A.; es decir, ninguna

interrupción existió en la prestación del servicio a favor de la entidad promotora de salud demandada; por lo que se deduce, que la supuesta terminación por mutuo acuerdo del vínculo contractual, solo obedeció a un formalismo, para disfrazar el verdadero contrato de trabajo, a través de las cooperativas y posteriormente de Gold RH S.A.S.

Así las cosas, al estar demostrada la prestación personal del servicio de la demandante a favor de la EPS Salud Total S.A., entre el 17 de abril de 1996 y el 3 de julio de 2018, sin solución de continuidad, se presume que tal relación fue en ejecución de un contrato de trabajo, por lo que le corresponde a ésta última desvirtuarla, sin que lo hubiere logrado al develarse que se utilizaron las figuras de la intermediación laboral y tercerización, con el fin de disfrazar un verdadero contrato entre la actora y la EPS, pues está siempre obró como empleador con un poder subordinante; debiendo así primar la realidad sobre las formas.

Y es que el objeto de las cooperativas se desdibujó al estar en presencia de la subordinación, sumado a la utilización de los elementos de trabajo, materiales, herramientas, tales como carnets, uniformes y papelería, así como, espacios físicos suministrados por la empresa usuaria, aunado a que la EPS siempre se benefició de los servicios de la actora, quién se comportó como un verdadero empleador (CSJ, Sala Laboral, Sentencia SL 1430 de 2018).

Ahora bien, obra en el plenario el Acuerdo de Formalización Laboral, suscrito entre Salud Total EPS S.A., Gold EH S.A., Medica!l Talento Humano S.A.S. y LA Unidad de Investigaciones Especiales del Ministerio del Trabajo (fls. 689 a 702), del que se desprende que fue producto del requerimiento del Ministerio de Trabajo ante la evidencia de actividades misionales permanentes por la cooperativa (numeral 11, fl. 691-692); razón por la cual, el 22 de mayo de 2013, la EPS y Talentum solicitaron acompañamiento para la formalización laboral de sus trabajadores (num. 12, fl. 692) que concluyó con la terminación del convenio asociativo para iniciar un contrato laboral el 14 de enero de 2014, con otra sociedad, cual fur Gold RH S.A.S., pero, con el mismo propósito; lo que evidencia que la terminación del vínculo asociativo con Talentum, no fue producto de la

voluntad de la demandante, como lo dijo la testigo Ayda Rueda Ariza, y que se ratifica con su mismo dicho cuando manifestó, que fue originado en una formalización que solicitó a través de una Ley el Gobierno Nacional a las Cooperativas en Colombia. En ese orden, dicho documento tuvo como fin, cumplir un requerimiento del Ministerio del Trabajo y así evitar una sanción; más si se tiene en cuenta, que la actora continuó prestando sus servicios en la misma forma e identificas funciones que venía ejecutando desde el principio, incluso, desde el año 1996.

Así las cosas, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la CN, se tiene que tanto las cooperativas, como la sociedad Gold RH S.A.S., demandada, actuaron como simples intermediarias, lo que hace que el nexo entre la EPS Salud Total y la accionante, sea de carácter laboral, sin solución de continuidad, desde el 17 de abril de 1997 hasta el 3 de julio de 2018, como acertadamente lo indicó el juez de primer grado; en consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia en este aspecto.

Cumple precisar, que no se está fallando con fundamento leyes que no estaban vigentes para la época de los hechos, o que salieron del ordenamiento jurídico, ni mucho menos en jurisprudencia proferida de manera posterior, como lo arguye el apoderado de la sociedad recurrente Gold RH S.A.S.; sino que la decisión aquí tomada, obedece a las normas fundamentales constitucionales y, las reglas impuestas desde el Código Sustantivo del Trabajo, que rige la materia.

ii) Del carácter salarial de “medios de transporte”.

Reprocha el recurrente Gold RH S.A.S., la connotación salarial dada al denominado medio de transporte, arguyendo que contractualmente las partes pactaron que no constituye salario, amparado en lo dispuesto en el artículo 128 del CST.

De conformidad con los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1º del Convenio 95 de la OIT, constituye salario *todo* aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa

de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277).

Por su parte, el artículo 128 de la misma obra sustantiva laboral señala que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes.

Así, es salario *«todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte»*, de lo que sigue que, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se haga uso, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, por ello, tendrá en virtud del principio de la primacía de la realidad prevista en el artículo 53 de la Constitución Nacional, el carácter salarial.

Ahora en lo que respecta a la finalidad, ha explicado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, que los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta, por lo tanto, le corresponde al empleador la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa (CSJ Sala de Casación Laboral, Sentencia Rad. 47048 de 18 de mayo de 2016).

Bajo este panorama, es claro que el salario percibido por la demandante, sí era variable, en atención al concepto pactado en cada contrato, denominado como “*medios de transporte*” (cláusula quinta del contrato suscrito directamente con Salud Total, fl. 135 y, cláusula tercera del contrato suscrito con Gold RH, fl. 704).

Es así como, en la cláusula tercera del contrato de trabajo se estableció que la demandante recibiría el pago de unos “*MEDIOS DE TRANSPORTE*”, que en teoría corresponderían a los gastos de movilización generados por gestión de afiliación efectiva, desplazamientos a diferentes lugares para diligenciar formularios, entre otros; no obstante, en esa cláusula se determinaron unas condiciones para que el pago del incentivo pudiera hacerse efectivo, entre las cuales se encontraban: que la afiliación se hiciera en una ciudades y municipios donde SALUD TOTAL EPS S.A. tenga red de prestadores de servicios activo, que se afiliara a trabajadores dependientes, independientes o pensionados, que se diligenciara el formulario correctamente, que se entregaran los anexos legales, que el cotizante pagara la correspondiente cotización y, que luego ese pago se compensara en el FOSYGA. Dichas condiciones debían ser cumplidas por cada uno de los usuarios afiliados y, por cada cotizante el empleado recibía un valor, lo cual constituye un “incentivo” por afiliación, lo que para la Sala se traduce en una “**comisión**”; es decir, que la misma al tenor de lo dispuesto por el artículo 127 del CST, constituye factor salarial, como quiera que remuneraba el servicio prestado por la accionante, enriqueciendo su patrimonio, además de que tales dineros realmente no estaban cubriendo expensas para que la demandante desempeñara cabalmente sus funciones, sino retribuyendo la labor realizada.

Analizados en conjunto los medios de prueba, se tiene acreditado que los denominados “*medios de transporte*” constituyen factor salarial, pues fueron concebidos para retribuir directamente el servicio como se consignó en cada uno de los contratos de trabajo, que estos corresponden a “(...) *la gestión de afiliación efectiva*”, lo que se encuentra enmarcado dentro de las previsiones del artículo 127 del CST, si se tiene en cuenta que la función principal de la accionante era realizar afiliaciones a favor de la EPS demandada; además, se tiene demostrado que dichos pagos fueron

cancelados durante la vigencia de la relación laboral, hasta el mes de enero de 2017 (fls. 716 a 752) como se comprueba con las nóminas aportadas al plenario; y a partir del mes de febrero de 2017, se empezó a remunerar por concepto de “comisiones”, de acuerdo al Otrosí al contrato de trabajo de fecha 1º de noviembre de 2016 (fls. 711 a 715 y 753 a 769), pero correspondiendo su causación a la misma labor de gestión de afiliación efectiva; por lo que no cabe duda que esos medios de transporte o incentivos retribuían directamente el servicio de la demandante, pues la función era propiamente hacer afiliaciones y en la medida que se lograba en beneficio de la EPS se generaba su pago, como una comisión, como acertadamente lo concluyó el a-quo.

Al respecto del carácter salarial de este incentivo, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, Sentencia SL1430 de 2018, se pronunció al estudiar un caso similar al que ahora ocupa la atención de la Sala, indicando que *“No queda duda que los «incentivos de transporte» sí remuneran el servicio para el que se contrató al demandante, pues están directamente relacionados con la cantidad de afiliaciones efectivas a posibles beneficiarios del plan obligatorio de salud ofrecido por la EPS como actividad principal de su objeto social”*.

En ese horizonte, aunque las partes conforme los faculta el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, dejaron consignado en el contrato de trabajo y en el otrosí, que los pagos a los que se ha venido haciendo referencia, no tendrían carácter salarial, estos acuerdos carecen de eficacia, pues no es factible despojar la incidencia salarial de los mismos, dado que *«la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo»*. (CSJ SL 39475, 13 jun. 2012)

En este orden de ideas, se tiene que, efectivamente las sumas devengadas por la demandante por concepto de medios de transporte, debían ser tenidas en cuenta al momento de liquidar prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a seguridad social en pensión, razón por la cual se confirma este punto de la sentencia apelada.

iii) De la sanción moratoria

Reprocha la recurrente Gold RH S.A.S., la condena impuesta por concepto de sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, pues aduce buena fe, por haber suscrito el contrato de trabajo con la demandante a término indefinido, bajo la figura del acuerdo de formalización laboral, ante el Ministerio del trabajo, sin que se afectara situaciones particulares.

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

En el *sub lite*, advierte la Sala que en el contrato de trabajo a término indefinido que suscribieron la señora Flor de Lil Bermúdez López y Salud Total inicialmente y, de manera posterior, aquella y Gold RH S.A.S., pactaron un salario básico mensual, más los denominados medios de transporte, los cuales como quedó visto, sin duda alguna constituyen factor salarial, como quiera que, se trata de verdaderas comisiones; por lo que la demandada ciertamente actuó de mala fe en el presente asunto, al pretender disfrazar este pago bajo la exclusión de no salarial, con el fin de no pagar prestaciones sociales y vacaciones con el salario real que devengaba la actora, desnaturalizando el carácter salarial de un factor que por ley lo es.

Además, no existe en el acervo probatorio, elemento indicativo, serio y atendible que lleve a concluir que Salud Total EPS estaba convencida de

que ninguna relación laboral tenía con la actora, todo lo contrario, la prestación del servicio, el poder subordinante de la EPS, la utilización de las instalaciones de la empresa, así como la papelería, el carné y el uniforme que portaban de manera inequívoca llevan a concluir que se trataba de una verdadera relación laboral y que la operación de tercerización con las cooperativas y con Gold RH SAS, fue para evadir la responsabilidad derivada de ese vínculo laboral.

En consecuencia, hay lugar a proferir condena por la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del CST, debiéndose confirmar la sentencia apelada en este punto.

iv) De la prescripción.

Arguye la recurrente Salud Total EPS, que la prescripción debió contarse desde la fecha de presentación de la demanda hacia atrás. En el asunto bajo examen quedó determinado que, el contrato de trabajo que unió a las partes, finalizó el 3 de julio de 2018; pero lo cierto es que la demandante solo interrumpió la prescripción con la presentación de la demanda, el 13 de febrero de 2019 (fl. 498), es decir, dentro de los tres años siguientes, por ello, operó el fenómeno extintivo de la siguiente manera:

1. Con anterioridad al 13 de febrero de 2016, respecto de los intereses a las cesantías y las primas semestrales.
2. Con anterioridad al 13 de febrero de 2015, respecto de las vacaciones.

La prescripción no opera respecto de las cesantías que se hacen exigibles a la terminación del contrato; no obstante, de liquidarse este valor por todo el tiempo del vínculo, haría más gravosa la situación del único recurrente. Tampoco opera el fenómeno prescriptivo respecto de las diferencias en los aportes a pensiones, como quiera que estos constituyen el pilar del derecho imprescriptible a la pensión. Por ende, se confirmará la sentencia de primera instancia frente a estos conceptos.

Así las cosas, realizadas las validaciones correspondientes, se logró determinar que la demandada debe cancelar a la actora, diferencias por los siguientes conceptos y montos:

Diferencia Intereses a las cesantías.....\$389.490,94
Diferencia Prima de servicios.....\$2'718.969,36
Diferencia Vacaciones..... \$4'386.325,20

TOTAL RELIQUIDACIÓN			
Concepto	Valor reliquidado Tribunal	Valor cancelado	Diferencias
Vacaciones	\$ 8.056.871,20	\$ 3.670.546,00	\$ 4.386.325,20
Intereses de cesantías	\$ 973.406,94	\$ 583.916,00	\$ 389.490,94
Prima de servicios	\$ 9.787.062,36	\$ 7.068.093,00	\$ 2.718.969,36
TOTAL DIFERENCIA RELIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES INLCUYENDO AUXILIOS MEDIOS DE TRANSPORTE			\$ 7.494.785,49

Cumple precisar que, para las operaciones aritméticas, se tuvo también en cuenta los pagos incluidos por concepto de comisiones efectuados a partir de febrero de 2017, como fue aceptado desde el hecho 53 del libelo incoatorio, descontando de lo adeudado los pagos verificados con los comprobantes de nómina aportados cola demanda a folios 331 a 384. En este sentido, se modificará la condena de primer grado.

En lo referente a las indemnizaciones moratoria y por falta de consignación de las cesantías (art. 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990), debe precisarse que éstas se causaron a la terminación del contrato, 3 de julio de 2018, razón por la cual no se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo y, en consecuencia, se confirmará la sentencia del a quo sobre estos puntos.

v) De la solidaridad

En el asunto bajo examen se advierte que la demandada Gold RH S.A.S., así como las cooperativas Talentum y Colaboramos, actuó como simple intermediario, pues la demandante realizó labores misionales de la demandada EPS Salud Total; razón por la cual está llamada a responder

solidariamente según dispone el numeral 3º del artículo 35 del Código Sustantivo de Trabajo y así se indicará en la parte resolutive.

Así, al beneficiarse la EPS demandada de la fuerza laboral de la demandante para desarrollar su objeto social, se configuró la solidaridad entre ellas, al ocultar a través de aquella una verdadera relación laboral subordinada entre la promotora del litigio y la EPS, por lo que había lugar a ordenar la solidaridad por el valor total de las acreencias laborales por las que fue condenada la EPS; pues si bien Gold RH SAS fue una simple intermediaria que solo debe responder por las sumas causadas a partir de su participación en tal calidad, que lo fue, desde el 14 de enero de 2014, en virtud de la prescripción trienal declarada, su obligación está incluida en este lapso.

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: MODIFICAR los literales b, c, y d, del numeral SEGUNDO de la sentencia proferida el 12 de julio de 2021 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., que quedarán del siguiente tenor:

- b. \$389.490.94**, por concepto de diferencia por intereses a las cesantías.
- c. \$2'718.969,36**, por concepto de diferencia por prima de servicios.
- d. \$4'386.325,20**, por concepto de diferencia por vacaciones.

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

TERCERO: Sin costas en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
018 2019 00136 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 019 2019 00344 01
DEMANDANTE: FÉLIX ANTONIO ZAMBRANO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de abril de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare que tiene derecho a la pensión de vejez; en consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar la prestación aludida, a partir del 2 de mayo de 2016, con sus retroactivos, debidamente indexada y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez, el 7 de enero de 2016, la cual le fue negada mediante Resolución 100851 de 11 de abril de 2016, bajo el argumento de reunir los requisitos de 1300 semanas y 62 años de edad; decisión contra la cual interpuso recursos de reposición y apelación, resueltos de manera negativa. Aduce que nació el 2 de mayo de 1954, por lo que cumplió 62 años de edad en el 2016 y, según Colpensiones solo cuenta con 1047 semanas cotizadas. Aduce que solicitó la corrección de semanas, por falta de reporte de pagos de su empleador; no obstante, Colpensiones le contestó que en el historial se presentan deudas, por lo

que no puede contabilizarse esos periodos. Manifiesta que prestó el servicio militar del 126 de agosto de 1979 al 30 de enero de 1981, correspondiente a 12 meses y, que aportó certificación para demostrar su afiliación a Decor Plásticos, para un total de 14 años laborados de manera ininterrumpida (expediente digitalizado, archivo 03, fl. 5 a 9).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la solicitud de la prestación de vejez, la resolución que la negó, los recursos interpuestos, resueltos de manera negativa, la data de nacimiento del actor, su edad, semanas tenidas en cuenta 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 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 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. En su defensa, argumentó que el demandante no cumple con el requisito mínimo de semanas cotizadas para acceder a la prestación, sin que se pueda tener el periodo argüido bajo el empleador Decor Plásticos, al no existir prueba de su afiliación (expediente digital, archivo 11, fls. 1 a 9).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de abril de 2022, (archivo 04 *DocumentosAudiencia21Abril*, 02 *NJTR 019 2019 00344 00-20220421_115333-Grabación de la reunión*), resolvió absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones y, condenar en costas al demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que el demandante no cumplió con la carga probatoria de demostrar la existencia de un vínculo laboral por los periodos echados de menos, sin que se logre acreditar las 1300

semanas exigidas por la norma aplicable a su caso concreto, para la estructuración del derecho a la pensión.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el demandante adujo que es al empleador a quien le asiste la responsabilidad de reunir las cotizaciones para el sistema de seguridad social, sin que se le pueda trasladar la carga de la prueba al trabajador, cuando él lo que tiene que demostrar es su afiliación, la que se encuentra en la historia laboral del 10 de agosto del 2018; en tal sentido, existe material probatorio que demuestra que el actor laboraba para esas entidades y, que Colpensiones no inició ningún procedimiento para aplicarlas.

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, a diferentes empresas, entre el 23 de febrero de 1981 y el 31 de octubre de 2014, para un total de 1052 semanas de cotización en toda su vida laboral. Así se infiere del reporte de semanas cotizadas actualizado el 18 de septiembre de 2019 (exp. digitalizado, carpeta 01 *JuzgOrigen* / 05 CD (fls 22) / CC-2375293 HL¹).

Así mismo, que prestó sus servicios al Ejército Nacional, del 16 de agosto de 1979 al 30 de enero de 1981, esto es por 534 días, o 76,29 semanas, como se desprende del certificado de información laboral expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, el 20 de junio de 2017

¹ GRP-SCH-HL-66554443332211_1603-20190918105723

(exp. digitalizado, carpeta 01 *JuzgOrigen / 05 CD (fls 22) /CC-2375293*, archivo 11²).

Tampoco se discutió que el demandante nació el 2 de mayo de 1954 y cumplió los 60 años de edad, el mismo día y mes del año 2014; por lo que para el 01 de abril de 1994, contaba con 39 años de edad (cédula de ciudadanía, expediente administrativo, carpeta 01 *JuzgOrigen / 05 CD (fls 22) /CC-2375293*; archivo 13³); y acreditaba solo 491.72 semanas efectivamente cotizadas, sin que hubiera consolidado su derecho pensional, por lo que no resultó beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993.

De conformidad con lo anterior, corresponde a la Sala definir si el promotor del juicio tiene derecho a que se le incluyan las semanas que aduce laboró para Decor Plásticos, en los ciclos: 199703, 199609, 199901, 199902, 2008, 201210, 200605, 201410, 200606, 200610, 201211, 200309, 200601 y, 200604 y, en consecuencia, si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9 de la Ley 797 de 2003.

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

² GEN-CSA-F1-2019_5959741-899999003-20190508042710

³ GEN-DDI-AF-2015_5142326-20150609095834

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 algunos periodos entre los cuales el actor manifiesta que prestó servicios al empleador Decor Plásticos Ltda., por los ciclos correspondientes a 199703, 199609, 199901, 199902, 2008, 201210, 200605, 201410, 200606, 200610, 201211, 200309, 200601 y, 200604.

De esta manera, lo primero que se entra a analizar, es que, de conformidad con el reporte de semanas cotizadas actualizado a 15 de julio de 2021⁴, en orden cronológico respecto de los periodos alegados como faltantes, se advierten las siguientes situaciones: **i)** los ciclos correspondientes a septiembre de 1996 y marzo de 1997, aparecen debidamente reportados por el empleador *DECOR PLASTICOS*; **ii)** los ciclos de mayo, junio y octubre de 2006, aparecen debidamente reportados, bajo el empleador *VALENCIA GOMEZ GUIL*; **iii)** los periodos de enero a marzo de 2008, aparecen cotizados por el trabajador como independiente; **iv)** de abril a diciembre de 2008, aparecen reportados bajo el empleador *MARIA CRISTINA VALEN*; **v)** para el ciclo de octubre de 2012, se registran 0,71 semanas por el empleador *MARIA CRISTINA VALEN*, correspondientes a 5 días, y aparece en el mismo sentido, la correspondiente novedad de retiro (fl. 6) y; **vi)** para los ciclos de noviembre de 2012 y octubre de 2014, aparecen debidamente reportados por el empleador *PLASTINCOL LTDA*, de quien registra ese periodo de manera continua, en noviembre de 2012 por 1,29 semanas correspondientes a 9 días, y para octubre de 2014, por 2 semanas correspondientes a 14 días, data en que aparece la respectiva novedad de retiro (fl. 7).

Ahora bien, para los ciclos de enero y febrero de 1999, septiembre de 2003, enero de 2006 y abril de 2006, no registra aportes. Así, del detalle de pagos efectuados, se tiene que para enero de 1999, se reporta 30 días de cotización por el empleador *DECORPLASTICOS LTDA*, sin embargo, se hace la observación de “*Pago aplicado a periodos anteriores*”; sin que obre tampoco novedad de retiro de este empleador; razón por la cual, es dable entender que sí debía procederse por la entidad administradora a realizar el respectivo cobro de los aportes atrasados, correspondientes a enero y febrero de 1999, por 8,57 semanas, que debieron tenerse en cuenta.

No sucede lo mismo respecto de los demás periodos, por las razones que se pasan a explicar. Frente al ciclo de septiembre de 2003, si bien venía aportándose por parte del empleador *GVC PLASTICOS LTDA*, desde

⁴ Expediente digital, carpeta 01 JuzgOrigen / 22 CD (fls 60); archivo 31: *GEN-REQ-IN-2019_12410819-20210715095854*

marzo de 2002 y hasta agosto de 2003, en el detalle de pagos efectuados, se observa que dichos aportes fueron realizados al Régimen de Ahorro Individual y, trasladados en su momento al régimen de prima media, desconociéndose si en el fondo privado se realizó la respectiva novedad de retiro, sin que la obligación de cobro pueda trasladarse en este caso específico a la administradora de pensiones Colpensiones. Y en lo referente a los ciclos de enero y abril de 2006, pues frente a estos no existía una continuidad en el respectivo empleador; teniendo que entre septiembre de 2003 y abril de 2006, no registra aportes bajo ningún empleador, ni tampoco como independiente y, solo en mayo de 2006, reporta nuevamente por 26 días bajo el empleador *VALENCIA GOMEZ GUILLERMO* (fl. 4).

Ahora bien, para demostrar su vinculación laboral dentro de los periodos pretendidos, allega dos certificaciones laborales, emitidas por Guillermo Valencia; una del 1º de septiembre de 2007, en donde se indica que trabaja para “*Industrias Guillermo Valencia Gómez*”, desde hace 14 años, **interrumpidos**, por contrato de trabajo inferior a un año y; la otra, del 27 de octubre de 2005, en la que se hace constar que trabaja para GVC Plásticos Ltda., desde enero de 1997, con un contrato a término indefinido (exp. Digital, carpeta 03 Demanda y expediente digital, fl. 48 y 50). No obstante, de las referidas certificaciones no se desprende un real vínculo laboral, susceptible de dar por acreditado en este proceso para efectos de los aportes pensionales; máxime cuando ni siquiera existe certeza de quien firma sea propietario, socio o representante legal, de las susodichas empresas; razón por la cual, no puede dársele valor probatorio, ni ser oponible a la demandada.

Así las cosas, no es posible a efectos de computar el número de semanas cotizadas tomar los ciclos pretendidos, correspondientes a 199609, 199703, 200309, 200601, 200604, 200605, 200606, 200610, 2008, 201210, 201211 y, 201410, pues no existe prueba de una verdadera relación laboral, ni específicamente respecto de cual empleador o empleadores y, en consecuencia Colpensiones no estaba llamada a desplegar acción de cobro alguna.

Importa destacar, que estas cotizaciones podrían cubrirse con el cálculo actuarial o pago de aportes en mora, 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 o los empleadores no fueron vinculados, 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, no acreditó el requisito mínimo de semanas cotizadas para obtener el beneficio.

Bajo los anteriores presupuestos, como quiera que el accionante solo acredita 1.052 semanas de cotización en toda su vida laboral y, 534 días, esto es 76,29 semanas, se servicios militar prestado entre el 16 de agosto de 1979 y 30 de enero de 1981; para un total de 1128,29 semanas en toda su vida, no es posible otorgar la pensión de vejez pretendida, al amparo de la normatividad vigente, pues no reúne los condicionamientos previstos en la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, esto es, no cuenta con 1.300 semanas cotizadas. En consecuencia, la sentencia de primera instancia debe ser confirmada en su integridad.

No se causan costas en la alzada.

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 21 de abril de 2022 por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



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 020 2022 00262 01
DEMANDANTE: JAIRO JAVIER NAVARRO GARCIA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de mayo de 2023. 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 a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordené a Porvenir S.A. a trasladar todos los aportes efectuados, junto con todos sus respectivos rendimientos a Colpensiones y; a esta última, a activar la afiliación del actor y aceptar y recibir el traslado de los aportes. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita*, y las costas y agencias del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al sistema general de pensiones con el ISS, hoy Colpensiones, el 01 de junio de 1989 hasta el 30 de diciembre de 2000, cotizando un cúmulo de 4.2 semanas reportadas. En enero de 2001, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Porvenir S.A. sin ningún tipo de asesoría. Afirma que la entidad demandada jamás le informó qué sucedería con las

semanas cotizadas en el ISS, que este se iba acabar; no le explicaron si tendría derecho o no a un bono pensional, ni la diferencia entre los dos regímenes. Aduce que no le explicaron que el monto de la pensión en el RAIS depende del capital ahorrado. Manifiesta que no se realizó una asesoría completa, clara y comprensible, indicando características propias de los regímenes existentes y que únicamente se limitaron a obtener la firma del formulario de afiliación; su decisión no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP inicial, y se destacó por su indebida y nula información. Por último, asegura que no se le realizó una proyección pensional (expediente digital, archivo 01, fls. 5 a 18).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación al ISS y las semanas allí cotizadas. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las 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; no hizo uso del derecho de retracto y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 07, fls. 3 a 36).

La AFP Porvenir 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, restituciones mutuas y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación del demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación y el hecho de que la parte actora haya estado 23 años en el Régimen de Ahorro Individual; además el

demandante no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, archivo 06, fls. 3 a 33).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 15 de mayo de 2023 (archivo 13), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media al de Ahorro Individual, con la afiliación efectuada a Porvenir S.A. el 30 de noviembre de 2000 por el ingeniero Javier Navarro García conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a la administradora AFP Porvenir S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensión del ingeniero Jairo Javier Navarro García, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A, a favor de la parte actora. Tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a Tres (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.

QUINTO: En caso de no ser apelada la anterior decisión, remítase al Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral para que sea revisada en el grado jurisdiccional de consulta teniendo en cuenta que fue demandada Colpensiones, entidad administradora de pensiones de la cual es garante la Nación.

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

Inconforme Colpensiones manifestó que no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento, entendido como el deber de información, por lo que existe una indebida y errónea interpretación del artículo 1604 del Código Civil, ya que es el afiliado el que debe al fondo la realización de sus aportes y solo hasta

que se pensiona se invierten las partes. Al accionante no 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, y no ser beneficiario del régimen de transición; por lo que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional y se pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Asimismo rechaza la condena en costas, como quiera que representaría un detrimento patrimonial para Colpensiones por decisiones en las que no tuvo injerencia, siendo la entidad un tercero de buena fe.

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 al Instituto de Seguros Sociales desde el 01 de junio de 1989 al 31 de octubre de 2000 (expediente digital, archivo 07. fl 130); fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación el 30 de noviembre del 2000 (expediente digital, archivo 06. fl. 79).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que la afiliación se hizo en la empresa Distrilub, cuando se acercó una asesora al sitio e hizo una serie de explicaciones sobre el fondo, por lo cual procedió a

la afiliación. Manifiesta que la información obtenida por la asesora era que el ISS se iba acabar y que debía trasladarse a un fondo privado; que se afilió por la insistencia de la asesora que asistió a su lugar de trabajo como dos o tres veces; la reunión fue aproximadamente de una hora. Asegura que la asesora le informó que las semanas que tenía cotizadas al ISS se iban a trasladar a la AFP y que iba a tener mejores condiciones, que en caso de que falleciera la pensión iba a pasar a sus beneficiarios. No le explicaron sobre las diferencias de los dos regímenes, ni que iba a tener una cuenta de ahorro individual y que esta iba a generar rendimientos. Firmó el formulario de manera voluntaria, pero no lo leyó con rigurosidad solo la información básica. No se le informó que tenía derecho al retracto y no se acercó a las oficinas de la AFP a hacer alguna reclamación o queja. Quiere retornar al RPM porque quiere tener una mejor pensión de acuerdo con el tiempo laborado por este. Por último, asegura que hace dos años recibe los 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 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 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 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 del traslado, para declarar únicamente la última, 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 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 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).

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.

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 declaró como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte y se ordenó trasladarle los recursos con las respectivas consecuencias.

No se causan costas en este grado jurisdiccional de consulta, 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 Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de mayo de 2023, para en su lugar disponer únicamente la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, conforme quedo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia 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 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; con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional 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*.

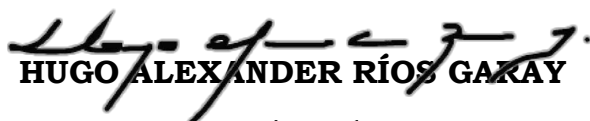
QUINTO: Sin **COSTAS** en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



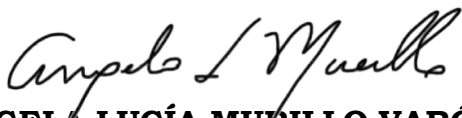
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto

020 2022 00262 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 022 2018 00465 01.
DEMANDANTE: JORGE ERNEY LOZANO VELÁSQUEZ
DEMANDADO: SITEL DE COLOMBIA S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 octubre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare que los incentivos trimestrales y anuales causados, constituyen salario. En consecuencia, se condene a la demandada a pagarle el valor del incentivo anual MIP 2016 o trimestral causado entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2016; la reliquidación de vacaciones de los años 2013, 2014, 2015, 2016 y, las finales, la reliquidación de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa y; la reliquidación de cotizaciones obligatorias a salud, pensión y, riesgos laborales; se ordene el pago de la indemnización moratoria, el interés moratorio a partir del 21 de febrero de 2019; los intereses moratorios, la indexación; lo ultra y extra *petita*; y las costas. Asimismo, se condene a la enjuiciada a pagar a la UGPP las sanciones por omisión de aportes con el IBC real devengado.

En respaldo de sus pretensiones, narró que las partes celebraron contrato de trabajo a término indefinido, a partir del 23 de febrero de 1998, como contador de profesión, con un salario básico inicial de \$900.000, desempeñando el servicio de forma personal y subordinada;

posteriormente fue promovido a Gerente Administrativo y Financiero y luego a Director Financiero para Colombia y Panamá, cargo en el que estuvo hasta el 20 de febrero de 2017, fecha en que la demandada dio por terminado el contrato sin justa causa. Desde el 1º de febrero de 2003, se le había reconocido salario integral. A partir del año 2010, la demandada pagaba bonificaciones habituales periódicas (comisiones no ocasionales) llamados incentivos trimestrales, que se causaban y liquidaban trimestral, habitual y periódicamente hasta el último trimestre de 2015, pagado en febrero de 2016.

Aduce que estas bonificaciones son pagos realizados a ciertos cargos llamados “elegibles”, con base en el sueldo anualizado y que tiene como finalidad pagar el esfuerzo de los empleados por cumplimiento de metas. Que fueron pactadas a través de acuerdos firmados por las partes cada año fiscal, obligándose la empleadora a pagarlas una vez los trabajadores cumplieran con las metas, siendo un derecho adquirido. Que SITEL pagó los incentivos trimestrales causados, periódica y habitualmente y, fueron tenidos como salario. Para inicios del 2016, celebró nuevo acuerdo con SITEL para pagar incentivos de manera trimestral y; a mediados de ese año, la empresa le presenta una modificación a las condiciones laborales, en la que impuso que se pagarían de forma anual, los que denominó MIP (Magnagment Incetive Plan). No obstante, la demandada no le pagó en ese año estos conceptos.

Expuso que, mediante certificación de liquidación del contrato entregada al momento de la terminación, la enjuiciada le pagó vacaciones adeudadas y la indemnización por terminación sin justa causa, tomando un salario promedio errado. Por lo que presentó peticiones a la demandada, obteniendo respuesta negativa del pago del bono correspondiente al periodo 2016 por no tener contrato laboral vigente; ante posterior petición, la demandada reconoce una falencia en el pago de vacaciones e indemnización por terminación y, procede a reliquidarle tales conceptos, empero no le fueron cancelados (fls. 168 a 195 subsanación).

Sitel de Colombia S.A., se opuso a las peticiones del libelo introductorio. Aceptó el vínculo contractual que unió a las partes,

modalidad, extremos, salario inicial, cargos desempeñados por el actor a lo largo de la relación, la terminación del contrato sin justa causa con el pago de la indemnización respectiva, que desde el 1º de febrero de 2003 devengaba salario integral; el pago de incentivos trimestrales hasta el 2015, la denominación de los incentivos anuales, el no pago de incentivos tanto trimestrales como anuales en el año 2016, la petición y la reliquidación de vacaciones e indemnización efectuada y, su falta de pago. Propuso las excepciones de fondo que denominó: actuación conforme a derecho, actuación indebida del demandante, prescripción, improcedencia de la condena por indemnización moratoria, buena fe de la compañía, cobro de lo no debido, pacto escrito de exclusión salarial y su alcance, *“el demandante, como director y administrador, (con deberes de diligencia conforme al código de comercio) con su conducta vulnera la denominada doctrina de los actos propios”* y; de manera subsidiaria, las de compensación y, enriquecimiento injusto.

Para enervar las pretensiones, señaló que las bonificaciones trimestrales reconocidas por la compañía tenían, como criterio principal para su causación, el cumplimiento de metas grupales, regionales y globales; que a partir del año 2016, el demandante dejó de ser beneficiario de los incentivos pagaderos trimestralmente, por cuanto pasó a ocupar un cargo directivo regional dentro de la organización, siendo elegible para el bono anual MIP, siendo los planes de incentivos, excluyentes y, que las condiciones para acceder a éste último en el 2016, no se cumplieron, por ende, el bono no se causó. Adujo que hasta el año 2015 no existían conceptos salariales causados por el demandante que tuvieran que considerarse para la liquidación y pago de vacaciones, dado que por su naturaleza y lo acordado, se le otorgó beneficio extralegal no salarial a los incentivos reconocidos. Respecto de la falta de pago de la reliquidación de vacaciones e indemnización por despido, arguye que obedeció a un error en el sistema operativo, pero el pago se encuentra a disposición del demandante (fls. 208 a 228).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 octubre de 2021 (archivo 21, expediente digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor Jorge Erney Lozano Velásquez identificado con la cedula de ciudadanía número 79.135.095 y SITEL Colombia S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 23 de febrero de 1988 y hasta el 20 de febrero de 2017.

SEGUNDO: DECLARAR que los valores percibidos trimestralmente por concepto de incentivos entre los años 2013 a 2014 a favor de Jorge Erney Lozano Velásquez, son constitutivos de salario de conformidad con la parte motiva de esta sentencia. 1:06:08 Adición: Se tendrán como salario adicional promedio al salario integral para el año 2013 la suma de \$3'078.741 pesos, 2014 \$7'554'350 pesos y 2015 \$7'620.214 pesos.

TERCERO: CONDENAR a la demandada al pago los siguientes conceptos de prestaciones sociales y vacaciones, de acuerdo con las consideraciones dadas previamente:

- ✓ Cesantías \$18.253.305.
- ✓ Intereses a las cesantías: \$914.426.
- ✓ Prima de servicios: \$3.810.107.
- ✓ Vacaciones: \$7.587.282.

CUARTO: CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar a favor de la parte demandante por concepto de indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo a partir del 21 de febrero del 2017 la suma diaria a razón de un salario diario devengado correspondiente a \$319.677 por cada día de retardo por el termino de 24 meses, esto es, hasta el 20 de febrero del año 2019 momento a partir del cual deberá reconocer los intereses moratorios máximos fijados por la superintendencia bancaria y hasta que se verifique el pago.

QUINTO: CONDENAR a SITEL Colombia S.A. a reconocer y pagar en favor del demandante los aportes en seguridad social en pensión para lo cual el demandante aportará el fondo de pensiones de su preferencia, copia de este fallo a fin de que la entidad elabore el correspondiente calculo que deberá hacerse teniendo en cuenta entre la diferencia entre el IBC reportado y ya pagado y las sumas percibidas por concepto de incentivos en los siguientes meses, teniendo en cuenta que la entidad no se podrá exceder de los 25 salarios mínimos mensuales de conformidad con el decreto 510 del año 2003.

2013:

- ✓ Marzo \$10'908.473
- ✓ Julio \$3'506.146
- ✓ Septiembre \$11'194.220
- ✓ Diciembre \$11'336.051

2014:

- ✓ Marzo \$22'240.603
- ✓ Junio \$22'756.867
- ✓ Septiembre \$22'661.423
- ✓ Diciembre \$22'993.308

2015:

- ✓ Marzo \$23'809.267
- ✓ Junio \$24'319.111
- ✓ Septiembre \$20'754.714
- ✓ Diciembre \$22.559.472

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

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la parte demandada, se fijan como agencias en derecho la suma de 3 Salarios Mínimos Legales Vigentes.

En lo fundamental, señaló que conforme al objetivo del plan de incentivos que percibió el demandante en los años 2013 al 2015, estaba destinado a retribuir o compensar el cumplimiento de metas, estando sujeto al rendimiento y a la actividad personal que ejercía el demandante y su equipo de trabajo y, era un pago habitual, por lo que en virtud del principio de la realidad sobre las formas, constituye salario sin que sea óbice de exclusión laboral. Pese a que el actor devengaba salario integral, tomó estos incentivos como salario ordinario y procedió a impartir condena por prestaciones para los años 2013, 2014 y 2015. Por el contrario, respecto del plan de incentivos del año 2016, encontró la imposibilidad de participar de manera simultánea en ambos planes y; como para el año 2016 el demandante fue promovido al cargo de Director Financiero de Colombia y Panamá, le correspondía demostrar la causación de los incentivos para este año, sin que allegara prueba de ello; si en gracia de discusión se acreditara, tampoco cumpliría el actor el requisito de pago, dado que su desvinculación fue anterior, requisito establecido para su reconocimiento en el plan.

Finalmente, condenó a la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., al considerar que el actuar del accionado no se encuentra ajustado a los parámetros eximentes de este tipo de sanciones, pues además de efectuar pagos por una suma muy inferior a la realmente devengada, no realizaba los pagos en los tiempos correspondientes; más aún, cuando estaban sujetos a metas y desconoció su carácter salarial.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes presentaron sendos recursos de apelación.

El demandante reprocha la absolución por el bono correspondiente al año 2016, al argüir que, si bien no podía causar dos bonos a la vez en el mismo tiempo fiscal, no existe documento de aceptación del trabajador en el que aceptara la modificación de sus condiciones salariales. Que no se probó el cumplimiento del bono para ese año 2016, porque la demandada Sitel se negó a entregar sus balances y estados financieros, siendo la única

forma que tenía para demostrarlo, invirtiéndose entonces la carga dinámica de la prueba. En lo referente a su desvinculación para el momento del pago, aduce que ese fundamento se basó en el documento del bono MIP 2016 creado por la misma empresa demandada, siendo que la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en el sentido de indicar que, si el trabajador causó los requisitos dentro del término periódico que le propone la empresa, no importa si es o no trabajador al momento del pago de la comisión, bono o incentivo; y en el presente caso, quedó demostrado que el actor estuvo vinculado todo el año 2016. Finalmente, aduce que el cambio en las condiciones se dio el 10 de marzo de 2016, cuando habían transcurrido 80 días de ese año, debiendo reconocerse las bonificaciones por ese lapso.

Por su parte, la demandada reprocha las condenas, aduciendo que los planes de incentivos trimestrales no dependen del desempeño individual de ningún trabajador, incluyendo al demandante; tanto así que, si la compañía no cumplía con esos objetivos corporativos, ninguno de los empleados tenía derecho a recibir bonificación alguna. En los términos del artículo 128 del C.S.T., pueden ser válidamente pactados como de naturaleza no salarial, los beneficios o auxilios habituales acordados contractualmente, resaltando que la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que la habitualidad no puede ser un factor determinante para considerar un pago como de naturaleza salarial, sino que el criterio conclusivo, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido; además que, cuando su causación y pago dependa de requisitos grupales o de negocio o del cumplimiento de metas generales de la compañía, puede ser válidamente pactada su naturaleza no salarial.

Respecto al salario, no es viable desde un punto de vista técnico ni jurídico, que un trabajador tenga dos asignaciones como, salario integral y variable, pues son jurídicamente excluyentes; siendo suficiente con que las partes pacten que el salario es integral, para que se tenga como un todo, sin que la ley exija que para que el salario variable haga parte del integral, deba ser incluido de manera expresa. Además, hay una incongruencia entre el petitum de la demanda, la fijación del litigio y, lo fallado, pues

nunca se puso en duda que el salario fuera integral; con lo que se viola el derecho de defensa y contradicción de la compañía. Para reliquidar las cotizaciones a pensión, no se tuvo en cuenta el artículo 18 de la ley 100 del 93, en relación con el tope de los 25 salarios mínimos.

Finalmente, reprocha la indemnización moratoria, pues la compañía actuó de buena fe, siempre pagó al demandante de manera cumplida y total el valor mensual de su salario integral y demás acreencias laborales; tenía argumentos jurídicos sólidos y, respaldo jurisprudencial, para considerar que tales pagos eran de naturaleza no salarial y, nunca recibió queja o reclamación del demandante sobre la naturaleza no salarial de esos pagos, ni si eran parte de su salario integral. Además, no había lugar a la reliquidación y pago de prestaciones sociales en razón a que el demandante tenía un solo salario, que era integral, cayéndose por su propio peso la sanción moratoria.

IV. CONSIDERACIONES

No fue objeto de debate, que el demandante laboró para la enjuiciada Sitel de Colombia S.A., mediante contrato de trabajo a término indefinido, desde el 23 de febrero de 1998 hasta el 20 de febrero de 2017, fecha en que fue terminado el vínculo sin justa causa, por parte del empleador. Que inicialmente fue vinculado como contador de profesión; a partir del 1º de junio de 2002 fue promovido a Gerente Financiero y, posteriormente a Director Financiero para Colombia y Panamá, cargo que ostentaba a la fecha de despido. Su salario básico inicial era de \$900.000; y a partir del 1º de febrero de 2003, devengaba salario integral.

En tal sentido, corresponde a la Colegiatura desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social y, definir, por una parte, si al demandante le asiste derecho al pago del incentivo correspondiente al año 2016 y; de otra parte, si los incentivos trimestrales constituyen factor salarial; en caso positivo, si había lugar a tenerlos como salario ordinario y liquidar el pago de prestaciones sociales no pedidas, así como la reliquidación de las

acreencias pretendidas y; si hay lugar a imponer la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T.

Determinado lo anterior, por razones de método, se procederá al estudio primigenio del recurso de la parte demandada.

i) De la naturaleza salarial de los incentivos trimestrales.

De conformidad con los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1º del Convenio 95 de la OIT, constituye salario *todo* aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277).

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

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

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

Por su parte, el artículo 128 de la misma obra sustantiva laboral, señala que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, **ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario** en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Conforme a lo expuesto, se concluye que es salario *«todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie **como contraprestación directa del servicio**, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte»*, de lo que sigue que, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se haga uso, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, por ello, tendrá en virtud del principio de la primacía de la realidad prevista en el artículo 53 de la Constitución Nacional, el carácter salarial.

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

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

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

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

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

La Corte también ha precisado que, es el empleador el que tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares, no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159-2018).

En síntesis, conforme a la línea jurisprudencial sentada por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, a efectos de verificar la naturaleza salarial de los pagos efectuados por el empleador al trabajador, es necesario tener en cuenta que: **i)** En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas (art. 53 C.N.), lo que recibe el empleado como directa contraprestación del servicio, sea en dinero o en especie, no

deja de ser salario por la simple denominación que le den las partes. **ii)** El criterio conclusivo o de cierre para determinar si un pago es o no salario, consiste en establecer si se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo realizado, es decir, que el salario se define por su finalidad o destino. **iii)** Acreditada por parte del trabajador la periodicidad, habitualidad y permanencia del pago realizado, le corresponde al empleador la carga de probar que la destinación de dicho estipendio tiene una causa distinta a la prestación personal del servicio y, por tanto, con carácter no remunerativo. **iv)** Por cuenta de la parte final del art. 128 del Código Sustantivo del Trabajo, el acuerdo entre las partes orientado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial debe ser expreso, claro, preciso y detallado en los rubros que cobija, por ello, la duda sobre si un emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo del servicio, en tal sentido, las partes no pueden despojar de incidencia salarial un pago que por esencia lo es (CSJ SL986-2021).

Descendiendo al caso que ahora ocupa la atención de la Sala, se tiene que los incentivos trimestrales en favor del trabajador, para los años 2013, 2014 y 2015, fueron pactados en los siguientes términos: **i)** de manera independiente para cada anualidad, con una vigencia efectiva para cada año calendario correspondiente (2013 fls. 246 a 256, 2014 fls. 257 a 259 y, 2015 fls. 260 a 266); **ii)** Diseñados con el objetivo de atraer, recompensar y retener a los asociados designados, *“porque su desempeño tiene un impacto significativo en el éxito general de Sitel”*; destinados a motivar a los participantes vinculando la compensación del incentivo con el cumplimiento de las metas de desempeño; **iii)** el pago de cualquier monto en el premio, en cualquier ocasión, al amparo de lo establecido en este plan, no debe crear la presunción de que cualquier suma que se pague se deba considerar parte del salario (fls. 250 y 261), ni esto significa que dicho premio, incentivo o bonificación se considere parte del salario (reverso fl. 258). En el mismo sentido, en las excepciones específicas para cada país, se dejó la anotación expresa de que; *“No constituye parte del salario del asociado ningún pago que se haga al amparo de ningún Plan de Incentivos”* (fl. 253, 262 y 268).

En el plan de incentivos de operaciones, se establecen las medidas de desempeño, ponderaciones, rangos y pagos de componentes, de acuerdo a las metas para causarlos; indicando en todos sus apartes que se trata de metas regionales y, que los premios se pagarán de acuerdo con las escalas de pago de las medidas de desempleo únicamente si se alcanza el al menos el 90% de la meta.

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó haber ocupado el cargo de Gerente Financiero en la empresa demandada, para los años 2013, 2014 y 2015; periodos en los que recibió pagos por concepto de incentivos trimestrales, en su momento fueron considerados como pagos no salariales. En este sentido, aceptó que, para el pago de esos incentivos trimestrales, se debía cumplir con 3 metas, las cuales eran: 1. que la compañía cumpliera con el EBITDA para el año fiscal, pues tenían un componente de métricas financieras; 2. que la compañía cumpliera con los indicadores de desempeño frente a sus clientes y; 3. que la compañía mantuviera la deserción de empleados en un rango determinado para cada periodo.

En su declaración el representante legal de empresa indicó, que todos bonos de cualquier nivel en Sitel no depende únicamente de un trabajador, este bono, este programa va a representar el esfuerzo de cada uno de los empleados, pero el resultado era 100% de las metas, que no van a reflejar el trabajo únicamente de un trabajador, o una meta financiera que podría alcanzar solo, sino que se trata de metas de la compañía y el trabajador hace parte de un equipo que busca la meta; o sea el bono no refleja el esfuerzo individual del empleado.

Gustavo Adolfo Piña Goes, quien se desempeñó como Coordinador Legal de la demandada, indicó respecto de los incentivos que, eran por resultados, dependiendo de cada cargo estaban ligados a los resultados, por ejemplo la parte de operaciones, los calificaban por la rotación de personal, si un porcentaje, cree que era superior al 10%, salía de la empresa por cualquier motivo, el porcentaje bajaba, el monto de la comisión, también con las personas que llaman learning manager o el gerente de entrenamiento de las personas nuevas, también tenían que ver

con el número de personas que pasaron a los entrenamientos; pero desconoce otros indicadores para medirlos. Específicamente respecto del señor Lozano Velásquez, manifiesta que se imagina que tendría que ver con algunos indicadores relacionados con la parte financiera, pero no los conoce; no sabía ni conoce que él recibiera bonificaciones o incentivos.

Luis Eduardo Martínez, quien laboró al servicio de la pasiva como Gerente de Sede, conoce al actor porque también trabajó para la empresa; indicó que los planes de bonificación, incentivos, comisiones, era la suma de los resultados atendiendo a los clientes, y además a través del equipo de trabajo que eran los centenares de agentes; el fuerte era el financiero, por lo que si el actor no lo ayudaba o si no daban los resultados financieros de los cuales él era responsable en un cargo financiero, perdían el beneficio.

Rita Claivel Salinas Espinosa, quien presta sus servicios para la demandada, en lo atinente a los planes de incentivos operacionales pagados de manera trimestral, indicó que son basados en goles o metas que establece la corporación a todos, los cuales había que llegar a estas metas o a estos goles establecidos, para recibir el monto o porcentaje establecido a la persona, quien tendría que estar activa y en trabajo para recibir su bono. Se establecían goles regionales o globales, y debían metas corporativas, a nivel de operaciones y financiero, pero son métricas o goles corporativos no individuales.

Las pruebas reseñadas en precedencia permiten concluir que, la cláusula de exclusión salarial contenida en cada uno de los planes de incentivos para operaciones trimestrales de los años 2013, 2014 y 2015, firmados por las partes, resulta plenamente válida, pues, lo que hizo fue otorgar un beneficio adicional determinable, por el cumplimiento de los parámetros en ella establecidos y; como lo manifestaron testigos y partes, la prerrogativa no era automática por la sola prestación del servicio, se encontraba condicionada a la superación de condicionamientos como el cumplimiento de las métricas y objetivos corporativos, los indicadores de desempeño frente a los clientes y, que la compañía mantuviera la deserción de empleados, así, se trataba de un estímulo que dependía del

trabajo en equipo, para cada trimestre, entonces, se sufragaba por el cumplimiento efectivo de los estándares acordados, al punto que, si no se superaban, no se accedía a ella.

En este orden, el incentivo trimestral, por mera liberalidad recibida por el demandante era una suma variable, adicional a la retribución fija, que no correspondía a una contraprestación directa de la labor, sino al cumplimiento de estándares de métricos y objetivos trazados dentro del plan, de carácter colectivo y corporativo global. En ese contexto probatorio, considera esta Colegiatura que el rubro percibido por el promotor del juicio no puede tenerse como constitutivo de salario, dado que el demandante no demuestra por ningún medio que con el mismo se remunerara de manera directa sus servicios y, la denominación dada por las partes es indicativa que no busca enriquecer el patrimonio del trabajador, sino para motivar el cumplimiento de metas de desempeño.

Al respecto de la naturaleza no salarial de estos pagos extralegales, ha explicado la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral que:

“Surge de lo dicho que la naturaleza de ese pago no se enmarca dentro del concepto salarial, en tanto estaba condicionado a que la empresa alcanzara unos logros de eficiencia que fijó en el documento de folio 118, más no obedecía a una retribución directa por el servicio prestado, sino que sencillamente constituía una bonificación que de manera unilateral estableció el empleador, siempre que se alcanzaran las metas de eficacia propuestas.

Adicional a lo expuesto, hay que tener en cuenta que este pago además de no ser de consagración legal, tampoco tiene origen en el contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, convención o pacto colectivo de trabajo, razón por la cual puede afirmar que se reconocía por mera liberalidad de la empleadora.

Así lo expuso esta Sala de la Corte en sentencia CSJ SL, del 8 may. 2014, rad. 42970 en los siguientes términos:

Además de ello, en lo que concierne a la senda jurídica por la que se encamina el cargo, lo cierto es que, a tono con lo concluido por el Tribunal, esta Sala de la Corte ha sostenido que las prestaciones extralegales, que son pagadas por mera gracia del empleador, pues no encuentran consagración legal en el contrato de trabajo o en alguna otra fuente de obligaciones vinculante, como la convención colectiva, el laudo arbitral o el pacto colectivo, pueden ser revocados unilateralmente, pues la liberalidad nace de la autodeterminación y no puede ser impuesta.” (CSJ SL 1405-2015 Radicación nº 37348, de 11 de febrero de 2015).

De lo expuesto se sigue, que nada impedía a las partes excluir la naturaleza salarial del incentivo en cita, dado que, en esencia no lo era; en consecuencia, al verificarse que no se trató de un pago dirigido a retribuir el trabajo prestado, procede revocar la decisión apelada, para en su lugar, absolver de la pretensión dirigida a tenerlos como factor salarial y, en consecuencia, no hay lugar a reliquidar las acreencias laborales, como equivocadamente concluyó la *a quo*.

Por sustracción de materia no hay lugar al estudio de los demás puntos de la apelación de la demandada, dirigidos a atacar la sanción moratoria y el salario ordinario.

Recurso del demandante

ii) De la causación del bono 2016

El demandante reprocha la absolución por el bono correspondiente al año 2016, al argüir que, si bien no podía causar dos bonos a la vez en el mismo tiempo fiscal, no existe documento de aceptación del trabajador en el que aceptara la modificación de sus condiciones salariales. Al respecto, sea precisar que no le asiste razón al actor, por las razones que se pasan a exponer.

1. En primer lugar, recuérdese que desde la demanda fue el mismo accionante quien confesó haber suscrito contrato de trabajo a término indefinido, a partir del 23 de febrero de 1998, primero como contador de profesión, con un salario básico inicial de \$900.000, desempeñando el servicio de forma personal y subordinada; posteriormente que fue promovido a Gerente Administrativo y Financiero y, **luego a Director Financiero para Colombia y Panamá, cargo en el que estuvo hasta el 20 de febrero de 2017**; hechos estos que se corroboran con la carta de terminación del contrato, la liquidación final, y las certificaciones del 20 de febrero, 24 de marzo y 9 de mayo de 2017, documentos en los que se indica el cargo de Director Financiero del actor (fls. 230 a 232, 236 y 237).

2. Si bien el documento de plan de incentivos operacionales para el año 2016 no fue allegado en original o copia, suscrito por las partes, fue aceptado por el accionante desde la demanda que, la empresa le presentó este nuevo acuerdo de incentivos denominados MIP (Managment Incentive Plan).

3. Dicho plan de incentivos, se pactó para la vigencia del 1 de enero al 31 de diciembre de 2016; dirigido para quienes ejercieran el cargo de **Director**, basado en un valor anual de incentivo obtenido con 100% de logro de todas las métricas de desempeño y, no constitutivo de salario (fl. 267 a 280).

4. Obran en el expediente, comunicaciones surtidas por e-mail corporativo, en los que se observa el conocimiento del demandante respecto de su cambio de cargo, así como del plan de incentivos referido; tal es así como en el correo del 12 de enero de 2016, se dirige a María González García, pidiendo ayuda para validare el cambio de plan de incentivos de Ops al de MIP, por el cambio de su roll a partir de enero de 2016(fl. 284) y, en el correo del 18 de abril siguiente, se le indica que haga su aceptación en el BOOST, sin requerirse escanear y devolver copias firmadas (fl. 284 a 288).

De lo anterior, logra deducirse que el demandante, al ser promovido a un cargo de Director en el año 2016, dejó de ser elegible para el plan de incentivos trimestral, para pasar a ser elegible para el plan de incentivos anual MIP; sin que ahora pueda alegar que no fue por él aceptado, pues ello implicaría tampoco haber aceptado su promoción a Director Financiero, lo que nunca reprochó.

El plan de incentivos referido, tenía unas condiciones de causación para acceder a sus premios, que dependía de que se cumplieran las métricas y objetivos trazados en el plan, que como quedó visto para los planes trimestrales, el anual también dependía de metas de carácter colectivo y corporativo global, del cumplimiento del EBITDA local o regional consolidado, del cumplimiento de los indicadores de desempeño de la compañía ante el cliente, entre otros; condiciones estas que no se

encuentran probadas en el expediente, que se hayan cumplido; sin que sea válido el argumento del recurrente referente a que la carga de la prueba se invierte en este caso por cuanto la empresa no allegó sus estados financieros de esa anualidad, pues debe recordarse que en los términos del artículo 167 del CGP, quien pretende un derecho o efecto jurídico, le incumbe probarlo.

El demandante se limitó tanto en la demanda, como en su interrogatorio a aducir que tiene derecho al pago del incentivo anual por haber laborado durante toda la vigencia fiscal del año 2016, sin tener en cuenta el cumplimiento o no de la meta financiera; sin embargo, como quedó visto, para la causación de dicho incentivo era necesario el cumplimiento de las condiciones específicas pactadas en el documento que lo regula, que valga decir, las medidas de desempeño, atadas al cumplimiento del umbral de las métricas, globales de la compañía.

En este orden de ideas, es claro que el demandante faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, pues no demostró que los conceptos que reclama hubiesen sido desconocidos por la demandada y tampoco que el denominado incentivo anual realmente le correspondiera y al menos se hubiese causado. En consecuencia, no hay lugar a ordenar el pago de esta pretensión, y en consecuencia se confirmará este punto de la sentencia de primer grado.

Costas de la primera instancia a cargo del demandante. No se causan en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales segundo, tercero, cuarto, quinto y séptimo, de la sentencia proferida el 13 octubre de 2021 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

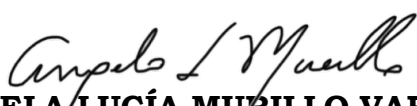
SEGUNDO: Confirmar en lo demás.

TERCERO: Costas de la primera instancia a cargo del demandante. Sin 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 23 2019 00076 01.
DEMANDANTE: LUZ MARINA RIOS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y RAFAELA SÁNCHEZ DE
SARMIENTO.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Decide la Sala en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de junio de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare su convivencia prolongada, ininterrumpida y permanente, con Humberto Gómez Sanabria (q.e.p.d.), desde diciembre de 1993 a su fecha de deceso, 13 de noviembre de 2015; en consecuencia, se ordene a la demandada, reconocer y pagar la sustitución pensional dejada en suspenso, en un 50%; las mesadas atrasadas; intereses moratorios; indexación; lo ultra y extra *petita* y, las costas.

De manera subsidiaria, solicitó que se declare a la señorita Dayani de Socorro Gómez Rios, en calidad de hija discapacitada, le asiste el derecho al 100% de la sustitución pensional.

En respaldo de sus pretensiones, narró que vivió con Humberto Gómez Sanabria (q.e.p.d.), de manera prolongada, ininterrumpida y

permanente, desde diciembre de 1993 hasta la fecha de deceso, el 13 de noviembre de 2015; de dicha relación, nació Dayani de Socorro Gómez Ríos. Adujo que en el año 2000, se radicaron en el municipio de Cartago, Valle del Cauca, donde adquirieron una casa, en donde compartían techo, lecho y mesa. Mediante resolución No. GNR 320454 de 29 de octubre de 2015, al causante le fue reconocida pensión de vejez, en cuantía de \$1'223.223, a partir del 28 de mayo de 2012. El 21 de diciembre de 2015, la demandante solicitó la sustitución pensional en su favor y de su hija; a su vez, Rafaela Sánchez de Sarmiento la solicitó el 10 de diciembre de 2015; por lo que la entidad negó la prestación, decisión recurrida y posteriormente confirmada al desatar los recursos de reposición y apelación.

Mediante Resolución GNR 361069 de 27 de diciembre de 2016, Colpensiones reconoció a su hija interdicta, el 50% de la sustitución pensional y, dejó el otro 50% en suspenso; empero, mediante Resolución SUB 15227 de 19 de enero de 2019 concedió ese 50% a la señora Sánchez de Sarmiento. Aduce la demandante, que ésta última tuvo vínculo sentimental anterior a su relación con el causante, con quien procreó 3 de sus hijos, hoy mayores de edad; además, tuvo un matrimonio católico con José Domingo Sarmiento Varón, de cuya disolución y liquidación, le fueron adjudicadas dos partidas del activo social y; disfruta de pensión por vejez otorgada por Colpensiones.

Informa que alrededor del año 2004, el causante empezó a viajar a Bogotá y Tocaima con ocasión de una compra de un inmueble en esta última municipalidad; sin embargo, viajaba a Cartago cada 10 o 15 días; que cuando no estaba en Cartago, vivía solo en Tocaima, sin compartir techo, lecho o mesa con otra mujer. Manifiesta que la señora Rafaela Sánchez, vive hace mucho tiempo en la municipalidad de Funza, Cundinamarca. Que el causante siempre tuvo a la actora y a su hija como beneficiarias y, era el responsable de todos los gastos de sostenimiento familiar; su prestación económica constituía el sustento económico de su grupo familiar, por lo que viene padeciendo dificultades económicas desde el deceso de su compañero (expediente digitalizado, fls. 6 a 23).

Al contestar, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la data de deceso del causante y, el reconocimiento en vida, de su pensión de vejez. Manifestó que los demás hechos no le constan. Propuso las excepciones de carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y la obligación reclamada, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa señaló que no se acreditaron por la actora los presupuestos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, esto es, la legitimación en la causa por activa en calidad de cónyuge o compañera permanente supérstite, así como el requisito de convivencia con el causante, para determinar la existencia del derecho reclamado (expediente digitalizado, fls. 129 a 136).

Por auto del 6 de marzo de 2020, se dispuso designar curador ad litem para la demandada Rafaela Sánchez de Sarmiento (expediente digitalizado, fls. 169 a 170), quien frente a las pretensiones manifestó atenerse a las resultas del proceso. Aceptó, conforme a la documental aportada al proceso, que Dayani de Socorro es hija de la accionante y el *decurjus*, que éstos adquirieron una casa en Cartago, la fecha de deceso del causante, la pensión de vejez que le fuera reconocida a éste, la negativa de la prestación de sobrevivencia, su confirmación al resolver los recursos, el reconocimiento del 50% de la prestación a la hija de la actora, la calidad de beneficiarias de la accionante y su hija respecto del causante, el contrato matrimonial de la señora Rafaela Sánchez con el señor Sarmiento Varón, su disolución y liquidación y, la adjudicación de dos partidas del activo social. Manifestó que no le constan los demás hechos. En su defensa propuso la excepción de prescripción (carpeta 05).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de junio de 2022, absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones; declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación reclamada y, condenó en costas a la demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que las pruebas practicadas en el asunto no ofrecen grado de certeza para establecer el requisito de convivencia entre la demandante y el causante, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al momento de su fallecimiento. De otro lado, sostuvo que no hay lugar a emitir pronunciamiento alguno respecto de la sustitución pensional reconocida por la entidad a la hija de la demandante y a la demandada Rafaela Sánchez Benavidez, como beneficiarias de la prestación.

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

Corresponde a esta Sala definir si Luz Marina Ríos en calidad de compañera permanente supérstite tiene derecho a sustituir la pensión que disfrutaba Humberto Gómez Sanabria (q.e.p.d.).

Para resolver el problema jurídico debe precisarse que se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que mediante Resolución N.º GNR 320454 de 29 de octubre de 2015, Colpensiones reconoció al señor Humberto Gómez Sanabria (q.e.p.d.), pensión de vejez, en cuantía inicial de \$1'223.223, a partir del 28 de mayo de 2012 (expediente administrativo, fls. 297 a 303). Igualmente, se encuentra demostrado con el contenido del Acto Administrativo GNR 391069 de 27 de diciembre de 2016, que con ocasión del fallecimiento de Gómez Sanabria, la demandada reconoció y ordenó el pago del 50% de la sustitución pensional a Dayani de Socorro Gómez Ríos en calidad de hija invalida, mientras persista el estado de invalidez y; mediante Resolución SUB 15227 de 19 de enero de 2019 concedió el restante 50% a la señora Rafaela Sánchez de Sarmiento, en calidad de cónyuge o compañera supérstite (expediente administrativo, fls. 358 a 367 y 378 a 385, respectivamente).

Conviene precisar que la norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la que se encuentra vigente para la fecha en que se produce la muerte del afiliado o pensionado. Así lo ha adoctrinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, entre otras, en sentencia SL10146-2017, reiterada en SL450-2018, en la que indicó:

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

En el presente caso, Humberto Gómez Sanabria (q.e.p.d) falleció el 13 de noviembre de 2015, según consta en registro civil de defunción, folio 2 del expediente administrativo; por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con lo previsto en los artículos 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que señala en el literal a), que será beneficiario de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante tenga 30 o más años de edad. En caso que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberán acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y que convivió con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

Dispone el inciso 2º del literal de la norma en comentario que, si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión, esta se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Al amparo de las anteriores reflexiones, pasa la Colegiatura a analizar si la demandante en calidad de compañera permanente supérstite acredita los requisitos para sustituir la pensión.

Para el efecto, la demandante allegó: registro civil de nacimiento de la hija de la pareja, Dayani de Socorro Gómez Ríos que da cuenta de su nacimiento el 26 de noviembre de 1995 (fl. 3, expediente administrativo); certificado de Coomeva EPS del 7 de noviembre de 2017, donde la accionante y su hija aparecen como beneficiarias del causante (carpeta 01, fl. 31); copia del certificado de tradición y libertad No. 375-15120 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartago, propiedad de la demandante y el causante (carpeta 01, fl. 76 a 77). Asimismo, allegó declaración extrajuicio de 22 de marzo de 2011, rendida por Miryam Herrera Montoya y María Inés Matallana Rodríguez, que dan fe de la unión marital y dependencia económica (carpeta 01, fl. 27).

Al absolver interrogatorio de parte, la promotora del juicio manifestó que tuvo una relación de marido y mujer con el señor Humberto Gómez Sanabria, compartiendo techo, lecho y todo, en un hogar, desde el año 1988, hasta el 2015, cuando falleció de cáncer pulmonar, en Bogotá, a donde se iba cada cuatro o cinco meses a pasar sus controles médicos, y permanecía 2 o 3 semanas. El sepelio fue en Bogotá. Ella no lo acompañaba a Bogotá porque se quedaba en Cartago al cuidado de su hija.

Igualmente, se recibieron los testimonios de Paula Andrea Quintero Ríos y Melba Agudelo Londoño. La primera, hija de la demandante, manifestó que su mamá convivió con el señor Humberto Gómez, durante más de 15 años; que él siempre las mantuvo económicamente; que viajaba a Bogotá a controles porque en Cartago no había los servicios médicos que él requería para su problema de salud; pero que estando en Bogotá, las llamaba, siempre estaba comunicándole a su dónde se encontraba, con quién salía, siempre se mantenía en contacto y se quedaba el tiempo requerido en Bogotá. Cuando viajaba se quedaba Tocaima, donde tenía una casa. Por su parte, Melba Agudelo Londoño, adujo conocer a la demandante desde niños, y por ello haber conocido al causante, de

quienes conoció a relación que los unió. Dice que Luz Marina era ama de casa, y dependía de él y, tuvieron una niña.

Del análisis de la prueba documental y testimonial, bajo el criterio de la sana crítica, se puede establecer que aun cuando Luz Marina Ríos, pudo convivir con el causante durante varios años, lo cierto es que no logró demostrar dicho requisito dentro de los 5 años anteriores a su deceso, así como tampoco se aprecia que los lazos familiares entre la pareja siguieran vigentes.

Es así como, la prueba testimonial carece de suficiente fuerza probatoria para demostrar la tesis de la demandante, en tanto que el dicho de la señora Melba Agudelo Londoño proviene en gran medida de lo que la señora Luz Marina le contaba, no conoce los detalles de la convivencia de la pareja, pues nunca vivió ni visitó Bogotá, y aunque vivía cerca de Cartago, también dice que de la convivencia de ellos no le consta de manera directa, pues vivía en Cali. Y la declaración de la señora Paula Andrea Quintero Ríos, aunque indica que el causante fue su padrastro desde que tenía 8 años de edad, incurre en imprecisiones, tales como que viajaba a sus controles a Bogotá cada 2 o 3 meses y luego, cuando es corregida por su señora madre, dice que era cada 4 o 5 meses; que la última vez que viajó a hacerse un chequeo estaba delicado de salud, sin embargo nadie lo acompañó, porque él tenía sus hijos en Bogotá; que él se quedaba en una casa que tenía en Tocaima, pero al confrontarla que su mamá dijo que él se quedaba donde la hija, en Funza, manifestó que los fines de semana se quedaba allá y; ni siquiera fue al sepelio del señor.

Adicional a lo anterior, para la Sala causa mucha curiosidad que la señora Luz Marina Ríos, en diciembre de 2015, solicitó a través del mismo abogado que funge ahora como su apoderado, la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de Humberto Gómez Sanabria (q.e.p.d.), únicamente en favor de su hija Dayani de Socorro y, en los hechos allí expuestos, arguye que inició su relación con el causante alrededor de julio del año 1998, que en el año 2000 se radicaron en el municipio de Cartago, Valle del Cauca; que alrededor del año 2004 la relación entre el causante y la señora Luz Marina se comenzó a debilitar por los constantes viajes del señor a Bogotá

y Tocaima, con ocasión a un lote que había adquirido, pero que sin embargo el causante viajaba cada 10 o 15 días a Cartago y; que para el año 2007 **“definitivamente se terminó la relación entre LUZ MARINA RÍOS y el causante”**, pese a que indica que nunca dejaron de depender económicamente de él. Finalmente, en dicha misiva afirma que desde ese año 2007, **“el señor HUMBERTO GÓMEZ SANABRIA (Q.E.P.D.), vivió en Tocaima”**, sin compartir techo, lecho o mesa, con otra mujer (expediente administrativo, fls. 84 a 91).

Nótese las contradicciones en las que se incurre constantemente, como la fecha de inicio de la convivencia, que en la demanda se dice data de diciembre de 1993, en el interrogatorio, que fue desde 1988 y, en la reclamación elevada a Colpensiones, que fue desde julio de 1998. Así mismo cuando indica en la demanda y en la petición que los viajes a Bogotá del seños obedecían a la compra de un lote, pero en el interrogatorio atribuye los viajes a la enfermedad que padecía y; principalmente que en la petición del 2015 afirma que la relación había terminado **“definitivamente”**, en el año 2007; esto es, 8 años con anterioridad al fallecimiento.

Vale anotar que, la declaración extrajuicio rendida por Miryam Herrera Montoya y María Inés Matallana Rodríguez, con la que se pretende dar fe de la unión marital y dependencia económica de la señora Luz Marina Ríos, respecto del causante, allegada en el folio 27 de la carpeta 01 (expediente digitalizado), data del 22 de marzo de 2011, esto es, 4 años anteriores al acaecimiento, y que, por demás, también se contraría con el dicho de la misma accionante en la citada petición elevada en diciembre de 2015 a Colpensiones.

De otro lado, las pruebas allegada con la demanda, tampoco permiten acreditar el requisito analizado, nótese que tener una hija en común o haber comprado una casa en Cartago, e inclusive aparecer como beneficiarias en salud, solo son indicativos de que existió una relación de pareja, pero de ellas no se puede establecer con certeza las fechas en que sucedió, ni la convivencia y, sobre la voluntad de permanencia de la de

pareja, de estar juntos, de ayudarse mutuamente, de compartir sus vidas y conformar una familia.

Bajo este panorama, la accionante no cumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no aportó los medios probatorios que lleven a la certeza de que en calidad de compañera permanente convivió con el pensionado, al menos durante cinco años anteriores a su deceso. En consecuencia, tal como acertadamente concluyó el *a quo*, no tiene derecho a sustituir la pensión que en vida le fue reconocida a Humberto Gómez Sanabria (q.e.p.d.).

En ese mismo orden, estima la Sala que, igualmente le asiste razón al *a quo*, en cuanto encontró que el Juzgado de Familia del Circuito de Funza, mediante sentencia del 17 de abril de 2018, dentro de radicado 2016 00830, proceso en el que también se hizo parte la aquí demandante en representación de su hija Dayani de Socorro, resolvió declarar la unión marital de hecho entre los señores Rafaela Sánchez Benavidez y Humberto Gómez Sanabria (q.e.p.d.), desde el 14 de noviembre de 1977 hasta el 13 de noviembre de 2015; decisión que se encuentra debidamente ejecutoriada y, hace tránsito a cosa juzgada; por lo cual, no es posible entrar a debatir ahora en este proceso nuevamente, la existencia del derecho de sobrevivientes de la señora Rafaela Sánchez, para acrecentar la sustitución pensional en favor de Dayani del Socorro a un 100% y, en este entendido, se confirmará también la absolución de las pretensiones subsidiarias.

De conformidad con las anteriores consideraciones la Sala confirmará la decisión absolutoria de primera instancia.

No se causan costas en el grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de junio de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin COSTAS en el grado jurisdiccional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



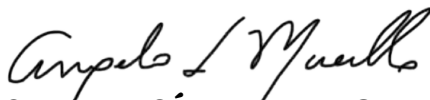
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

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 031 2021 00583 01
DEMANDANTE: ALVARO FRANCISCO TURRIAGO ROJAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio 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 Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de agosto de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende el reconocimiento y pago de la pensión por vejez, los intereses moratorios, el retroactivo y, costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que presentó diversas solicitudes de corrección y actualización de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, desde el 29 de marzo de 2011, para que le fueran incluidas las semanas trabajadas en la Fundación Centro de Investigación y Educación Popular – CINEP, del 10 de septiembre de 1.980 al 23 de agosto de 1998; no obstante, la demandada solo realiza la corrección y actualización, el día 22 de abril de 2015, dando como resultado 960.71 semanas cotizadas. Aduce que tenía derecho al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993 y el Acto Legislativo 01 del 25 de julio de 2.005, pero este tenía una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014, es decir, en fecha anterior a la que se le hiciera la corrección. El 22 de abril de 2015, solicitó el reconocimiento y pago de

la pensión de vejez, pero le fue negada mediante Resolución GNR 226948 por no cumplir con los requisitos mínimos de edad y semanas cotizadas, decisión contra la cual interpuso recurso de reposición y apelación, los que fueron decididos, confirmando la negativa inicial. El 23 de junio de 2016 presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación, la cual resultó fallida (Exp. digital, archivo 020, fls. 2 a 14).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la solicitud de corrección y actualización de semanas elevada por el accionante, para que se le incluyera en el tiempo laborado en la fundación CINEP, la corrección efectuada, el total de semanas cotizadas, la vigencia del régimen de transición, la solicitud de reconocimiento de la prestación por vejez, la resolución que la negó, las razones expuestas, los recursos interpuestos, la confirmación de la negativa y, la citación a conciliación ante la procuraduría, con su resultado fallido. Manifestó que los demás hechos 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 la demandante no cumple con los requisitos establecidos para un reconocimiento pensional, pues aunque en principio se ve cobijado bajo el beneficio de la transición, no cuenta con la densidad de tiempo exigida por el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, por lo que la norma aplicable es la contemplada dentro del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, sin que cumpla tampoco el mínimo de semanas, toda vez que para el caso en concreto, abarca el total de 983 semanas (expediente digital, archivo 025 fls. 2 a 12).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de agosto de 2022, resolvió absolver a la demandada e, impuso costas al demandante (documento 029).

Como sustento de su decisión, señaló que de la historia laboral del demandante, no se acredita el presupuesto de 1000 semanas cotizadas en

cualquier tiempo, ni 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima; por lo que es claro que, pese a haber sido beneficiario del régimen de transición, no cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 del mismo año. En el mismo sentido, tampoco tiene las 1300 semanas cotizadas, a la luz de lo señalado en la Ley 100 de 1993.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante, adujo que el demandante sí cumple con los requisitos del régimen de transición, esto es, edad y semanas cotizadas y; que quien tiene la responsabilidad de tener la historia laboral vigente y en forma fidedigna, es el fondo de pensiones; quien a pesar de haberse solicitado 3 veces su aclaración, no hizo modificación, lo que indujo al accionante a error, con respecto a si le faltaban semanas; por lo tanto, la decisión de no seguir cotizando, fue una decisión basada en el error claro, contundente y negligente de la demandada.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala definir si el promotor del juicio tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

i) Pensión de vejez

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estatuye que para las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones, 1º de abril de 1994, tengan 35 o más años de edad, si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, la edad para acceder a la pensión de vejez, **el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas**, y el monto de la pensión de vejez, **serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados**.

Al punto, se advierte que el demandante al 1º de abril de 1994 - vigencia Ley 100 de 1993 - contaba con 42 años, dado que nació el 24 de marzo de 1952 (Carpeta 025.CC-19171956, archivo 7¹). De conformidad con el reporte de Colpensiones actualizado a 7 de marzo de 2022 (Carpeta 025.CC-19171956, archivo 79²), para el 1º de abril de 1994, Álvaro Francisco Turriago Rojas, contaba con 675,57 semanas cotizadas; de suerte que en principio, es beneficiario de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Ahora, no puede olvidarse que el párrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso claramente que ese régimen 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, el accionante cumplió 60 años de edad el 24 de marzo de 2012, es decir, antes del 31 de diciembre de 2014, plazo fijado por la citada reforma constitucional; por lo que, su eventual derecho pensional se encuentra regulado por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en cuyos términos para acceder a la pensión de vejez requiere:

"a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo."

¹ GEN-DDI-AF-2013_7802074-20140516221513

² GRP-SCH-HL-66554443332211_2202-20220307090514

Bajo este ordenamiento, el actor debía acreditar sesenta (60) años de edad por ser hombre y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización canceladas durante los 20 años anteriores al 24 de marzo de 2012, data en que cumplió la edad mínima exigida o, mil (1000) semanas de aportes sufragados en cualquier tiempo. No obstante, conforme al reporte de semanas cotizadas aportado al expediente, tan solo completó 983 semanas en toda su vida y 413,03 semanas entre el 24 de marzo de 1992 y el 24 de marzo de 2012.

En ese horizonte, es claro que el actor no cumple con el requisito mínimo de tiempo consagrado en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para acceder a la prestación revisada.

En punto al reproche del recurrente, referente a que la historia laboral presentaba inconsistencias, las cuales solo fueron corregidas por la accionada tras 3 solicitudes y luego de varios años, el día 22 de abril de 2015; cumple precisar que en efecto dichos periodos deben ser tenidos en cuenta para efectos del cálculo pensional; lo que se hizo desde el estudio en primer grado y se revisó de nuevo en esta instancia. Sin embargo, sumada la totalidad de tiempos reportados, aun con la corrección argüida, no arroja el requisito mínimo de semanas necesarias para acceder a la prestación deprecada, sin que el hecho de la falta de corrección en tiempo, pueda suplir tal requisito, que al ser un punto de derecho, no tiene equivalencias.

Bajo los anteriores presupuestos, el requisito de 1000 semanas mínimas en cualquier tiempo o 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, para acceder al derecho pensional pretendido, sí debía ser acreditado por el demandante dentro de la vigencia del tránsito legislativo, para mantenerse como beneficiario del régimen de transición, situación que en el sub lite, no ocurrió, por lo que en manera alguna puede concedérsele la prestación a la luz de una norma anterior a la Ley 100 de 1993.

Ahora, como quiera que el 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 la instancia, 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 11 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

SEGUNDO: No se causan costas en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

Radicación n.º 110013105 031 2021 00583 01.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

031 2021 00593 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 2019 00067 01.
DEMANDANTE: HÉCTOR CAMARGO OSORIO, ANTONIO
RICAURTE MEDINA RIVAS, HENRY
IGNACIO PINEDA PACHECO y CARLOS
IVÁN PALACIOS MORALES.
DEMANDADO: FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DE COLOMBIA.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio 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 Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de febrero de 2022.

I. ANTECEDENTES

Los accionantes convocaron a juicio a la demandada para que se declare la existencia de sus respectivos contratos de trabajo a término indefinido, así como la ilegalidad o ineficacia de los despidos. En consecuencia, se condene al reintegro a sus labores de docente, con el pago de los salarios dejados de percibir, debidamente reajustados, hasta que se produzca el reintegro, sin solución de continuidad; prestaciones sociales y vacaciones; la indexación, las demás acreencias laborales a que haya lugar; los derechos ultra y extra petita y; las costas. De manera subsidiaria, solicitan se condene al pago de la indemnización por despido, la indexación; el saldo faltante de cesantías e intereses a las cesantías; la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.; lo ultra y extra petita y; las costas.

Así mismo, solicitan que las condenas sean liquidadas con base en el salario promedio mensual tenido en cuenta para la liquidación final de cesantías, además de los factores salariales consagrados en la convención colectiva de trabajo.

En respaldo de sus pretensiones, narraron que laboraron como profesores al servicio de la FUNDACION UNIVERSIDAD AUTONOMA DE COLOMBIA, mediante contrato de trabajo a término indefinido; el 05 de diciembre de 2016, les fue terminada la relación laboral a partir del 22 de diciembre siguiente, bajo la causal de estar disfrutando pensión de vejez; desconociendo la Convención Colectiva de Trabajo, que establece un procedimiento ante la Comisión de Estabilidad para cualquier despido que se produzca con justa causa, sin distinguir la causal invocada. A la fecha de su despido eran socios activos de la organización sindical Sindicato de Profesores de la Fundación Universidad Autónoma de Colombia “SINPROFUAC”; por lo que estaban protegidos por la convención colectiva y por el reglamento de la comisión de estabilidad; comisión que, en casos similares, en los que sí fueron convocados los docentes, no ha autorizado los despidos y, por el contrario, ha resuelto recomendar mantener el contrato de trabajo de los docentes y que para los casos futuros de docentes pensionados que no estén incurso en procesos disciplinarios, aplique la directriz que allí se establece. Asimismo, que en el parágrafo del artículo 1º convencional, se establece el reintegro para los despidos sin el procedimiento respectivo.

Aducen que la comisión de estabilidad al momento del despido y, a la presentación de la demanda, no se ha pronunciado ni ha calificado la causal invocada, desconociéndose el derecho de defensa, el debido proceso y, sus propios acuerdos con los docentes y la asociación sindical y, atentando contra el derecho a la libertad sindical. Ante esta situación, interpusieron acción de tutela, la cual ordenó el reintegro en primera instancia, pero se revocó en segunda por improcedente por otras vías; por lo que la encartada desvinculó nuevamente a los accionantes el 5 de abril de 2017.

Finalmente, arguyen que en las liquidaciones finales, en ambas oportunidades, no se tasó en debida forma, el promedio salarial base de liquidación, acorde con los factores salariales estipulados en el artículo 9 de la convención colectiva de trabajo (expediente digitalizado, fls. 25 a 55).

Al contestar la convocada a juicio se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió que los demandantes laboraron para la demandada, como docentes, mediante contrato de trabajo a término indefinido, que el Consejo Directivo autorizó la terminación de varios contratos porque se encontraban pensionados; la acción de tutela instaurada por los trabajadores, que ordeno el reintegro en primera instancia y fue revocada al conocer a impugnación, negándola por improcedente, que se procedió nuevamente a desvincular a los trabajadores pensionados. Manifestó no ser ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de cobro de lo no debido, buena fe y, compensación. Para enervar las pretensiones de la demanda, arguyó que el estatus de pensionado está contemplado en las justas causas de terminación de contrato, tanto en la legislación laboral como en la convención colectiva; que la Comisión de Estabilidad conoce de los casos en que previa imputación de cargos por faltas disciplinarias, debe investigar y decidir si se sanciona al trabajador, sin que el reconocimiento de la pensión se constituya en una falta disciplinaria, razón por la cual, la Universidad no está obligada a someter la desvinculación por reconocimiento pensional al procedimiento de la Comisión de Estabilidad, (expediente digitalizado, fls. 287 a 307).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8 de febrero de 2022, resolvió declarar probada la excepción de cobro de lo no debido, absolver a la demandada de todas las pretensiones y, condenar en costas a los demandantes (archivo 13).

En lo fundamental, señaló que, el trámite ante la comisión de estabilidad solamente procede en los eventos en que la terminación del contrato de trabajo corresponda a una falta contra la disciplina laboral, no

siendo la causal invocada para dar por terminados los contratos de trabajo, esto es, el reconocimiento de la pensión, una falta disciplinaria. Respecto de la reliquidación pretendida, en primer lugar, para todos los efectos legales, los contratos de trabajo terminaron el 21 de diciembre del 2016, dado que al revocarse la decisión de reintegro vía tutela, los mismos quedaron sin efectos y; frente a la reliquidación de las acreencias a diciembre de 2016, se allegaron los respectivos recibos de pago de nómina, que se consideran ajustadas a derecho, no encontrándose argumentos que permitan dilucidar algún error en la liquidación final que se reclama, además de no aportarse la totalidad de nóminas del 2016, que permitiera determinar si existió alguna irregularidad en la liquidación, carga de la prueba que correspondía a la parte demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante, reprochó la decisión, argumentando que, la demandada al despedir a los docentes demandantes, violó de manera flagrante tanto la convención colectiva de trabajo como el reglamento de la Comisión de Estabilidad, ya que no tuvo en cuenta los procedimientos establecidos en dichos instrumentos, que regulan las relaciones laborales en la FUAC, pues la justa causa de despido por pensión, no está excluida de tal proceso, en ninguna norma. Aduce que en casos similares, se resolvió recomendar a la Fundación demandada mantener el contrato de trabajo de los docentes. El reglamento de la comisión de estabilidad constituye un verdadero procedimiento de orden garantista al debido proceso, mediante el cual se estableció que la Universidad no pueda dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa, por faltas contra la disciplina laboral cometidas por los trabajadores docentes y no docentes, sin que previamente el caso sea conocido, calificado y resuelto por la comisión de estabilidad; sin que de la redacción de la norma, quede duda que la comisión está facultada para conocer tanto de las justas causas genéricas, como de las generadas por faltas disciplinarias, al existir una “coma”. Solicita sea apreciada la sentencia de tutela como prueba para efectos de la presente decisión. Finalmente, aduce que no se tuvieron en cuenta, en forma proporcional, los factores salariales consagrados en el artículo noveno de la convención,

para liquidar las prestaciones sociales a la terminación de la relación laboral, tanto el 22 de diciembre de 2016, como el 5 de abril de 2017.

IV. CONSIDERACIONES

No fue objeto de debate, que los demandantes laboraron para la demandada Fundación Universitaria Autónoma de Colombia – FUAC, como docentes, mediante contrato de trabajo a término indefinido, así:

Demandante	Fecha de ingreso
HÉCTOR CAMARGO OSORIO	1 de febrero de 1996
ANTONIO RICAURTE MEDINA RIVAS	1 de noviembre de 1994
HENRY IGNACIO PINEDA PACHECO	1 de agosto de 1995
CARLOS IVÁN PALACIOS MORALES	1 de febrero de 1979

Tampoco fue discutido, que los vínculos fueron terminados a partir del 22 de diciembre de 2016, con autorización del Consejo Directivo, por cuanto los demandantes se encontraban pensionados, mediante las siguientes Resoluciones:

Demandante	Resolución pensión	Folios ¹
HÉCTOR CAMARGO OSORIO	No. 036779 de 14 septiembre de 2006	204 a 206
ANTONIO RICAURTE MEDINA RIVAS	No. C903 de 22 de febrero de 2007, a partir del 21 de septiembre de 2006	215 a 216
HENRY IGNACIO PINEDA PACHECO	No. 029519 de 2009, a partir del 1 de julio de 2009	226
CARLOS IVÁN PALACIOS MORALES	No. 040428 de 2008, a partir del 1 de septiembre de 2008	236

En tal sentido, corresponde a la Colegiatura desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social y, definir si es procedente declarar ineficaz el despido de los demandantes, al no haberse agotado el procedimiento convencional previo. Igualmente, deberá revisarse si hay lugar a la inclusión de los factores salariales consagrados en el artículo noveno de la convención

¹ Expediente digitalizado

colectiva, y en de resultar avante, proceder a la reliquidación de cesantías e intereses de cesantías.

(i) De la eficacia del despido

En reiterado criterio la Corte Suprema de Justicia ha señalado que al trabajador le corresponde probar el hecho del despido y al empleador la justa causa, para exonerarse de indemnizar los perjuicios.

En el presente caso, los demandantes cumplieron con su carga probatoria de demostrar el despido, pues aportaron con la demanda las comunicaciones respectivas, de fecha 5 de diciembre de 2016, por medio de la cual la demandada dio por terminados los contratos, aduciendo como justa causa el reconocimiento de la pensión de vejez a cada uno de los trabajadores (expediente digitalizado, folios 198, 208, 218 y 228):

“(…)

La Fundación Universidad Autónoma de Colombia, el Consejo Directivo, el Presidente de la Institución y la Dirección General de la Universidad, quieren exaltar y agradecer su aporte permanente y sentido de pertenencia para con la Universidad, durante estos (...) años de servicio como profesor universitario y formador de nuevas generaciones de nuestro país. Igualmente, reconoce el profundo compromiso que Usted demostró en el cargo desempeñado, como Docente Cátedra Categoría Asociado Acuerdo 132/89, dentro de la FUAC.

No obstante, consciente la Institución de la necesidad de iniciar el relevo generacional, el Consejo Directivo en sesión del día 4 de octubre de 2016, Acta No. 1925, teniendo en cuenta la resolución de pensión (...) reportada activa en el RUAF, aprobó dar por terminado con justa causa el contrato laboral suscrito con Usted, por lo cual surtido el proceso de acuerdo a las normas legales y convencionales, me permito informarle que la Universidad, dará por finalizado su contrato de trabajo a término indefinido a partir del 22 de diciembre de 2016.

Es importante anotar que el valor correspondiente por concepto de salario y prestaciones sociales, le será consignado en su cuenta de nómina, siempre y cuando se expidan los paz y salvos de biblioteca, cooperativa y contabilidad, entre otros, los cuales serán solicitados previamente por la Unidad de Talento Humano, tal y como reza su contrato de trabajo.

“(…)”

El artículo 62 del CST, literal A, establece dentro de las justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, por parte del empleador, en su numeral 14: “El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa”.

Conforme con lo anterior, la parte demandada logró demostrar la ocurrencia de la justa causa invocada para finiquitar los vínculos laborales. En efecto, de conformidad con las resoluciones allegadas al proceso, se tiene que:

- Mediante Resolución No. 036779 de 14 septiembre de 2006 (fls. 204 a 206), el Instituto de Seguros Sociales, reconoció al actor HÉCTOR CAMARGO OSORIO, la pensión de vejez, en cuantía inicial de \$1.873.122, al 2006.
- Mediante Resolución No. 903 de 22 de febrero de 2007 (fl. 215 a 2016), la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció a ANTONIO RICAURTE MEDINA RIVAS, pensión mensual vitalicia de jubilación, en la suma de \$1.434.488, a partir del 21 de septiembre de 2006.
- Por medio de Resolución 029519 de 2009 (fl. 226), el Instituto de Seguros Sociales, reconoció a HENRY IGNACIO PINEDA PACHECO, la pensión por vejez, a partir del 1º de julio de esa anualidad, en cuantía inicial de \$3.966.684; y,
- A través de Resolución 040428 de 2008 (fl. 236), el Instituto de Seguros Sociales, reconoció a CARLOS IVAN PALACIOS MORALES, la pensión por vejez, a partir del 1º de septiembre de esa anualidad, en cuantía inicial de \$4.454.198.

Esta causal ha sido desarrollada en el parágrafo 3 del artículo 9 de la ley 797 de 2003, según el cual, el vínculo puede ser finalizado una vez sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones. Y en el mismo sentido, la Corte Constitucional señaló en sentencia C-1037 de 2003, que el vínculo contractual no puede finalizar hasta tanto el trabajador al que se le ha reconocido la pensión, sea incluido en nómina de pensionados.

Así las cosas, estima la Sala que la demandada dio cumplimiento a lo señalado en las diferentes normas y a lo señalado por la Corte Constitucional, al terminar el contrato de trabajo de los actores, cuando se encontraban en efecto disfrutando de la pensión, de hecho, muchos años con posterioridad a haber sido incluidos en nómina; pues estos no expusieron en la demanda, ni en el curso del proceso, que no se les estuviera cancelando efectivamente la mesada pensional; por el contrario, al rendir declaración de parte en este asunto, Héctor Camargo Osorio indicó que su primera mesada la recibió en enero de 2007 y, Antonio Ricaurte Medina Rivas desde el 21 de septiembre de 2006.

Ahora bien, el reproche de los demandantes, recae en el hecho que no se haya llevado a la Comisión de Estabilidad, la situación de los trabajadores, para obtener la autorización de la terminación de los contratos de trabajo, en los términos del Título III, artículo 1 de la Convención Colectiva de Trabajo. En este sentido, el referido artículo, preceptúa²:

“Artículo 1ro. ESTABILIDAD LABORAL. La Fuac con el objeto de garantizar la estabilidad para todos y cada uno de sus trabajadores no dará por terminado el contrato de trabajo a ningún trabajador sino por justa causa debidamente comprobada la cual será calificada y resuelta por una comisión de estabilidad integrada de la siguiente manera: dos (2) representantes de la Fuac y dos (2) representantes de los trabajadores, uno designado por el sindicato de profesores sinprofuac y otro designado por el sindicato de trabajadores Sintrafuac, todos con sus respectivos suplentes.

La presunta falta se comunicará por escrito al trabajador con copia al Sindicato simultáneamente. Esta notificación será personal y deberá hacerse dentro de los quince días siguientes a la ocurrencia de los hechos.

Una vez reunida la comisión de estabilidad, esta hará las siguientes gestiones para evaluar **la presunta falta**, citar al trabajador para oírle en descargos. Oído el trabajador, la comisión dispondrá de quince (15) días hábiles para practicar las pruebas solicitadas por las partes. Vencido este término la comisión tendrá ocho (8) días calendario para reunirse y determinar si existe justa causa que amerite el despido del trabajador (...).

El trámite para las faltas graves será el establecido en el artículo 1ro. ya citado, entendiéndose que cuando aparece la palabra Sindicato se refiere a la organización a la cual este afiliado o sea beneficiario el inculpado.

(...)” Negrillas fuera de texto

² Carpeta 02PruebasFolio290/CONVENCION COLECTIVA 1993. Fls. 25 a 27

Así mismo, en dicho precepto convencional, se plasmó un artículo transitorio, para la elaboración del reglamento de la comisión de estabilidad, para su funcionamiento, con el fin de elaborar **de acuerdo con la calificación de las faltas y de la graduación de las sanciones**, una codificación de las posibles faltas o infracciones, el régimen sancionatorio y, el respectivo procedimiento y término de aplicación; en desarrollo del cual, se suscribió acta convencional del 17 de diciembre de 2007, en donde se regula todo proceso disciplinario que se trámite **para determinar la existencia o no de faltas graves**; dirigido a establecer y garantizar el debido proceso, señalando las causales para iniciar un proceso disciplinario³.

Conforme a lo anterior, es claro que la norma convencional en cita, desarrollada en el Acta Convencional, que contiene el reglamento de la comisión de estabilidad de la FUAC y los sindicatos SINTRAFUAC y SINPROFUAC, está dirigida a establecer un procedimiento previo al despido y garantizar un debido proceso, a los trabajadores, a quienes la empleadora pretenda dar por finalizado el vínculo con alusión a una justa causa de despido, **atribuible a una falta** en las obligaciones o prohibiciones del trabajador; mas, en manera alguna, puede hacerse extensivo este precepto convencional, a los casos en que la desvinculación obedece a una causa legal, como lo es el reconocimiento de la pensión de vejez o jubilación.

Y ello es así, por cuanto, como lo ha explicado la H. Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, el reconocimiento de la pensión al trabajador, como justa causa de terminación del vínculo contractual laboral, es una causal autónoma y objetiva, independiente de la conducta del trabajador, sin que sea viable confundirla o calificarla, como si se tratase de una falta que conllevarse como sanción, la finalización del contrato de trabajo. Así, en sentencia SL2904-2022, Radicación No. 89756 de 18 de julio de 2022, indicó:

“1. Es una causal autónoma de terminación del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria; su procedencia se encuentra enmarcada en la

³ Carpeta 02PruebasFolio290/ REGLAMENTO COMISION DE ESTABILIDAD

garantía de que, entre la terminación del contrato y la percepción de la prestación pensional, el trabajador pensionado no deje de recibir los ingresos que garantizan su subsistencia; que una vez se han cumplido sus condiciones, otorga al empleador la posibilidad de usarla «cuando estime conveniente que el servidor ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad», es decir, en cualquier momento.

2. Que si bien el principio de inmediatez se aplica frente a conductas que suponen un juicio de valor de la conducta contractual del trabajador o un reproche, no resulta viable aplicarlo cuando el despido se funda en el reconocimiento de la pensión en favor del mismo, por cuanto se trata de una causal objetiva desligada de la conducta del empleado, al punto que ni siquiera es susceptible de ser ponderada para otorgarle niveles de gravedad y, sobre esa base, establecer si se trata de un incumplimiento leve (sancionable) o grave (sancionable o posible de despido), por lo que, al ser un hecho ajeno al comportamiento contractual del trabajador, no es apropiado pensar que puede ser «perdonado, dispensado o condonado».

Bajo los anteriores presupuestos, no resulta atendible que para el caso concreto de los demandantes, debiera llevarse a cabo el procedimiento previo echado de menos por los accionantes, ante la Comisión de Estabilidad y, en este entendido, se confirmará la decisión de primer grado.

Cumple precisar que, tampoco es atendible la solicitud del recurrente de tener como prueba la sentencia de tutela proferida el 21 de febrero de 2017, en primera instancia, por el Juez Quinto Penal Municipal con Función de control de Garantías, dentro de la acción de tutela que interpusieron varios extrabajadores, entre los que se encuentran los aquí demandantes; pues, la misma fue revocada en segunda instancia por encontrarla improcedente, lo que implica que no surtió efectos.

(ii) De la reliquidación de cesantías e intereses de cesantías

Arguye el recurrente que, no se tuvieron en cuenta, en forma proporcional, los factores salariales consagrados en el artículo noveno (título II, capítulo II), de la convención, para liquidar las prestaciones sociales a la terminación de la relación laboral.

Dicha norma convencional, establece que “Además de la Prima Legal, la Fuac concederá al año a los profesores de tiempo completo, medio tiempo y tiempo

parcial una prima extralegal equivalente a 35 días de salario que se pagará en el mes de diciembre del año respectivo y otro prima extralegal equivalente a 10 días y se pagará en el mes de Junio del año respectivo y constituirán salario.”⁴.

De folios 309 a 316, fueron allegados recibos de pago de nómina de cada uno de los actores, para los meses de diciembre de 2016 y abril de 2017, correspondientes a las liquidaciones definitivas, tanto de la primera terminación del contrato, como de la efectuada cuando se revocó la decisión de tutela de reintegro, en los que se observa que les fueron cancelados los conceptos de cesantías, intereses de cesantías, vacaciones y, primas legales y extralegales de junio y diciembre. Y en el mismo sentido, de folios 199 a 203, 209 a 214, 220 a 225 y 231 a 235, la parte actora allegó certificaciones de cada uno de los demandantes, expedidas por la unidad de talento humano de la FUAC, en donde se indican igualmente los valores cancelados como liquidaciones definitivas en ambas oportunidades.

Pues bien, para que procediera la reliquidación pretendida, no resulta suficiente con argüir que no se incluyó el factor salarial aludido, sino que, como acertadamente lo indicó el *a quo*, era necesario demostrar los valores devengados durante la última anualidad, para de esta manera entrar a determinar si lo cancelado por la parte demandada corresponde o no, a lo efectivamente causado. Es así como, la Sala no cuenta con elementos de convicción que permitan verificar la existencia de valores mayores a los pagados a los demandantes, por supuestamente, no incluir la prima extralegal establecida en la convención, pues de la documental allegada, solo se puede extraer que le fueron pagados los conceptos echados de menos.

Sobre este aspecto, importante resulta recordar que en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso, es responsabilidad propia de los sujetos de la relación jurídico-procesal ejercitar esmeradamente la carga probatoria que les compete, según el extremo que ocupen en el proceso; de no hacerlo, deberán asumir las consecuencias negativas derivadas de su inactividad o de su deficiente labor probatoria. Así, si la

⁴ Carpeta 02PruebasFolio290/CONVENCION COLECTIVA 1993. Fls. 19

parte actora argumenta que no le fueron tenidos en cuenta unos factores salariales en su liquidación final de prestaciones, era de su resorte probar cuales fueron esos factores que devengó, así como el salario promedio devengado a tener en cuenta y, que la demandada omitió al determinar sus prestaciones.

En efecto, el principio universal de la carga de la prueba, por virtud del cual quien afirma un hecho debe probarlo, impone a los accionantes por lo menos dar cuenta real del valor de los conceptos devengados que constituyeron factor salarial en el lapso por el que se realizó la liquidación final, pero ello no aconteció, esto es, desde el mismo salario, pues se desconoce a cuánto ascendía y, si era fijo o variable, porque no se arrimó algún elemento de juicio que permita establecerlo, circunstancia que impide entrar a calcular el monto de las condenas suplicadas, lo que lleva indefectiblemente a la desestimación de las pretensiones.

Bajo las consideraciones expuestas, resulta confirmar la decisión de primer grado en su integridad. Sin 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 8 de febrero de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

032 2019 00067 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 33 2019 00234 01
DEMANDANTE: LUZ DARY VALENCIA ORTEGA
DEMANDADO: FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio 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 Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de agosto de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante demandó la reliquidación de la primera mesada pensional debidamente indexada; los reajustes legales, las diferencias causadas, las mesadas adicionales de junio y diciembre; lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, asumió por disposición expresa legal, la carga pensional de la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia; empresa para la que en vida, laboró el señor Jhonny Alejandro Tabares Galeano (q.e.p.d.), del 11 de enero de 1982 al 31 de marzo de 1992, por un total de 3619 días, equivalentes a 10 años y 19 días; cuando fue desvinculado por supresión del cargo, con derecho a indemnización. Que el fondo accionado, mediante resolución No. 324 del 28 de febrero de 2005, le reconoció a la demandante la pensión de sobrevivientes, en cumplimiento de decisión judicial que ordenó el reconocimiento de la

pensión proporcional de jubilación – pensión sanción a favor del causante, con efectividad del 29 de octubre de 2004. No obstante, no tuvo en cuenta el salario promedio aportado dentro del proceso judicial, con el que se calculó el valor de la pensión por \$131.791.88. Aduce que dentro ese proceso, no se reclamó el pago de la indexación de la primera mesada.

Manifiesta que el señor Tabares Galeano, falleció el 29 de octubre de 2004; que entre la fecha de retiro y el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia, el peso colombiano ha sufrido una pérdida del poder adquisitivo, y que el valor de su mesada al año 2004, debió ser de \$720.560 pesos, pero le fue reconocida en \$358.000. Presentó reclamación ante la demandada (Expediente digital 01, fls. 1 a 12).

Al dar contestación, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En relación con la situación fáctica, aceptó la asunción de la carga prestacional de la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia, la vinculación contractual laboral del causante, extremos y desvinculación, el otorgamiento de la pensión sanción por acatamiento judicial, transmitida como pensión de sobrevivientes a la accionante, la data de fallecimiento del *deujus* y, la reclamación elevada por la actora. Propuso las excepciones previas de cosa juzgada y litis consortes necesarios y; como de mérito, las de prescripción, buena fe, falta de título o causa para demandar, cobro de lo no debido y, las demás declarables oficiosamente. En su defensa señaló, que el acto administrativo de reconocimiento pensional, se encuentra debidamente ejecutoriado y en firme; la pensión de jubilación se reconoció de manera legal y anualmente ha sido actualizada; para su pensión se tomó como base de liquidación el promedio de lo devengado por el trabajador en el último año de servicio en la empresa, de acuerdo con lo certificado por la entidad, teniendo en cuenta las disposiciones legales, sin que resulte procedente acceder a la reliquidación pretendida (expediente digital 01, fls. 73 a 78).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 5 de agosto de 2022, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra; declaró probadas las excepciones planteadas, especialmente las de falta de causa para pedir y cobro de lo no debido e; impuso costas a cargo de la demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que no puede acogerse la cifra que plantea la sentencia judicial emitida por el juzgado que ordenó la prestación, en tanto se utilizó para determinar otros factores distintos a los pensionales, como lo fueron indemnizaciones y prestaciones, donde se incluyeron otros factores y, en segundo aspecto, porque al aplicar la fórmula de indexación de la primera mesada pensional, no conllevó un aumento, con una cifra superior al salario mínimo legal mensual vigente.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la parte demandante imploró revocar la sentencia al argumentar que las pretensiones incoadas judicialmente por el causante, no incluyeron la indexación de la primera mesada pensional, sin que la prestación reconocida por el fondo accionado, tuviera en cuenta el último salario promedio mensual, sobre el cual el juzgado laboral calculó el valor de la primera mesada, que al aplicarlo los aumentos de IPC actualizado hasta el año del fallecimiento del 2004, asciende la suma de \$728.560.

IV. CONSIDERACIONES

No fue objeto de debate, que Jhonny Alejandro Tabares Galeano (q.e.p.d.), laboró para la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia, del 11 de enero de 1982 al 31 de marzo de 1992, cuando fue terminado el vínculo por supresión del cargo, desempeñando como último cargo de reemplazador 1 y devengando como último salario mensual, la suma de \$92.455 (expediente administrativo, fl. 55).

Tampoco fue discutido que mediante sentencia del 23 de febrero de 1994, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Puerto Berrío, Antioquia, se condenó a la enjuiciada al pago de la pensión sanción, en

favor del señor Tabares Galeano (q.e.p.d.), entre otros, en cuantía proporcional al tiempo servido, correspondiente a \$131.791.88, a partir del momento en que alcanzara los 60 años de edad; decisión confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia (expediente administrativo 02, fls. 122 a 135 y 145 a 161).

Asimismo, quedó acreditado que, Jhonny Alejandro Tabares Galeano (q.e.p.d.), falleció el 29 de octubre de 2004 (fl. 117); por lo que el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconoció a favor del causante, la pensión proporcional de jubilación – pensión sanción, mediante Resolución 324 de 28 de febrero de 2005, a partir del 29 de octubre de 2004, en cuantía de \$358.000 mensuales, equivalente al salario mínimo legal mensual vigente; transmitida como pensión de sobrevivientes a favor de la señora Luz Dary Valencia Ortega, en calidad de cónyuge supérstite, en forma vitalicia y en proporción del 50% y; el 50% restante en favor de sus hijos menores para dicha data, hasta cuando cumpliesen la mayoría de edad, momento en que acrecería para la demandante (expediente administrativo 02, fls. 163 a 168).

Bajo los anteriores presupuestos fácticos, corresponde a la Colegiatura desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social y, definir, si es procedente indexar la base salarial para reajustar el valor inicial de la pensión de jubilación concedida al causante y transmitida a la demandante como pensión de sobrevivientes.

ij) Del reajuste de la primera mesada pensional

Sea lo primero precisar que, la indexación de la primera mesada pensional se fundamenta en preceptos constitucionales orientados a mantener el poder adquisitivo de la pensión, para proteger el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad y garantizar que los pensionados reciban una prestación acorde al esfuerzo realizado en su etapa productiva. Así lo ha dejado sentado la Corte Constitucional en reiteradas sentencias, como las de unificación SU-1073 de 2012 y SU-131 de 2013. Precisa la Sala que la indexación de la primera mesada opera

para todas las pensiones, sin importar si son de naturaleza legal o convencional y tampoco si se causaron o no en vigencia de la Constitución Política de 1991, posición también asumida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 736 -2013.

Así, de antaño la Corte Suprema de Justicia, reconoció la procedencia de la indexación de la primera mesada, incluso en pensiones de naturaleza extralegal, asentando que el fundamento constitucional para la actualización de la base salarial de las pensiones no permite aplicar un tratamiento diferencial entre ellas, con base en su origen o naturaleza, puesto que, tanto las legales como las extralegales, dentro de ellas las voluntarias, sufren el impacto del fenómeno económico de la inflación; que, además, la corrección monetaria no hace más onerosa la obligación, pues, tan solo mantiene el valor económico de la moneda frente a su progresivo envilecimiento (Sentencia 29022 de 31 de julio de 2007).

De conformidad con lo anterior, se tiene que, si bien en el presente asunto, se ordenó el reconocimiento de la prestación por sentencia judicial del 23 de febrero de 1994, en cuantía inicial de \$131.791.88 a partir del momento en que el demandante cumpliera los 60 años de edad, lo cierto es que la Sala no puede desconocer el fenómeno de la pérdida del valor adquisitivo del dinero generada por el paso del tiempo, por lo que corresponde indexar el valor reconocido por el Juzgado Laboral del Circuito de Puerto Berrío, Antioquia, en fallo del 23 de febrero de 1994, época en la cual, el fallador no podía establecer el monto de la mesada a futuro, por lo que le asiste derecho a la accionante a que la base salarial de su mesada sea actualizada.

Ahora bien, al tratarse de una pensión sanción, con arreglo al artículo 8º inciso tercero de la Ley 171 de 1961, la *“cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicio respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo”*, que exigía 20 años de servicios continuos o discontinuos, para acceder a la prestación en monto equivalente al 75% del promedio de los ingresos devengados en el último año de labor.

Así las cosas, como en el sub lite, el causante laboró para la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, del 11 de enero de 1982 al 31 de marzo de 1992, esto es, 10 años, 2 meses y 20 días, el monto de la pensión restringida de jubilación, equivale a 38%.

De esta manera, se tiene que el ingreso promedio mensual recibido por el señor Tabares Galeano (q.e.p.d.), en el último año de servicios fue de \$327.749,93 mensuales, conforme se desprende de la parte considerativa de la sentencia que otorgó la prestación restringida (02ExpedienteAdministrativo, fls. 125, 126), entonces, es sobre este rubro que debe efectuarse la actualización reclamada, aplicando la fórmula contenida en la sentencia 31222 del 13 de diciembre de 2007, de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria:

“ $VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$ ”

Donde:

VA = IBL o valor actualizado

VH = Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.”

En este entendido, el valor del ingreso base de liquidación actualizado a favor del causante asciende a \$1’793.159,96, que al aplicarle una tasa de reemplazo de 38%, arroja como mesada inicial de la pensión sanción la suma de \$681.400,79, a partir del 29 de octubre de 2004.

Indexación Primera Mesada Pensional						
Año Inicial	Año final	Promedio salario	IPC Inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Salario actualizado
1992	2004	\$ 327.749,23	9,7	53,07	5,471	\$ 1.793.159,96
PRIMERA MESADA PENSIONAL						
Ingreso Base Liquidacion						\$ 1.793.159,96
Porcentaje aplicado						38%
Primera mesada						\$ 681.400,79

En consecuencia, en estos términos habrá lugar a revocar la absolución de primera instancia, para en su lugar impartir condena a la demandada.

Cumple precisar que, no le asiste razón al *a quo*, en cuanto negó la actualización del salario base para la prestación, por no encontrar probado el último salario promedio anual devengado; pues debe tenerse en cuenta que el mismo se dejó de manera expresa plasmado en la sentencia que ordenó la prestación y, no acceder a su indexación, por no haberse allegado certificaciones específicas de estos valores, conllevaría a la vulneración del poder adquisitivo de la demandante.

ii) De la prescripción.

En el examine, se acreditó que a la demandante le fue otorgada la sustitución de la pensión sanción reconocida a su difunto esposo, acatando las sentencias de 23 de febrero de 1994 y 28 de marzo de 1995, proferidas por el Juzgado Laboral del Circuito de Puerto Berrío, Antioquia y por la Sala Laboral del Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, respectivamente, a partir del 29 de octubre de 2004; que, mediante escrito radicado ante la entidad enjuiciada el 26 de abril de 2018, solicitó la indexación de su mesada inicial (01Expediente.pdf, fls. 57 a 63), la cual le fue negada por radicado del 29 de octubre de 2018 (01Expediente.pdf, fl.64); y, presentó la demanda el 29 de marzo de 2019 (01Expediente.pdf, fl.67); en consecuencia, se encuentran prescritos los reajustes de las mesadas causadas con anterioridad al 26 de abril de 2015, y en este sentido se ordenará.

Costas de la primera instancia lo serán a cargo de la demandada; no se causan costas en la alzada.

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 5 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia, a reconocer y pagar a la demandante, la indexación del salario base de liquidación de la primera mesada pensional del causante Jhonny Alejandro Tabares Galeano (q.e.p.d.), por valor de \$681.400,79, a partir del 29 de octubre de 2004; con las mesadas adicionales de junio y diciembre, los incrementos legales y, las diferencias indexadas a la fecha de pago.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al 26 de abril de 2015.

TERCERO: COSTAS de la primera instancia a cargo de la demandada; sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



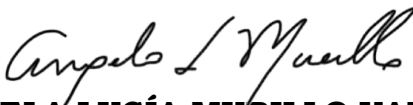
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Radicación n.º 110013105 33 2019 00234 01

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 036 2020 00279 01
DEMANDANTE: OMAIRA GOMEZ ORTIZ
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 (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de abril de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia o, subsidiariamente, la nulidad, del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de la AFP Protección S.A. y, posteriormente a la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordenó a las AFP, a trasladar la totalidad de aportes pensionales efectuados, junto con los rendimientos, a Colpensiones y, a ésta, a recibirla como afiliada, sin solución de continuidad. Así mismo, se condenó a las demandadas a lo ultra y extra *petita* y, las costas y agencias en derecho del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 19 de julio de 1964. Se afilió al sistema general de pensiones el 01 de agosto de 1986,

cotizando al ISS, hoy Colpensiones. En abril de 1996 se trasladó al RAIS, a través de Protección S.A. Posteriormente se trasladó a Colpensiones en agosto de 2003 y, en agosto de 2005 nuevamente se trasladó al RAIS, a través de Porvenir S.A., en la cual se encuentra afiliada actualmente. Aduce que no fue asesorada ni informada por las AFP de manera completa, pues nunca se le informó acerca del capital y requisitos para obtener su derecho pensional o, condiciones para la devolución de saldos; no se le indicó de manera clara y precisa acerca de las características, modalidades, beneficios, desventajas y, en general, las implicaciones y consecuencias sobre derechos pensionales; ni se le hizo un cálculo de su posible pensión; omitiendo su deber de información. Manifiesta que en el RPM devengaría una mesada superior que la que obtendría en el RAIS. Solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado, obteniendo respuesta negativa (expediente digitalizado, archivo 01, fls. 1 a 21).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la accionante, su afiliación al ISS y al RAIS, la solicitud de traslado y, su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de mérito 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, 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 se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a las AFP; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y, no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; 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 8 fls. 2 a 23).

La AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la data de nacimiento de la accionante, la afiliación al RAIS a través de Protección S.A., y la petición elevada con su respectiva respuesta. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, traslado de aportes a la AFP Porvenir, 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 el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM y por el contrario, permaneció afiliada al mismo convalidando su consentimiento (expediente digital, archivo 7 fls. 3 a 31).

Finalmente, respecto a la AFP Porvenir, se dio por no contestada la demanda (expediente digital, archivo 12).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 20 de abril de 2022 (expediente digital, archivos 20 y 21), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** del traslado efectuado por la señora OMAIRA GÓMEZ ORTIZ del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, el 31 de agosto de 1994, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA

DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones. 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 al momento de su pago.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante durante la vigencia de la afiliación de esta 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 al momento de su pago.

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

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Liquidense como agencias en derecho con la suma de un (1) SMLMV a cargo de cada una de ellas.

SÉPTIMO: 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 la actora recibió información adecuada, por ello no tenía posibilidad de conocer las ventajas y desventajas de su decisión, así las cosas, su consentimiento no fue informado, derivándose en la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación.

Colpensiones adujo que, la firma del formulario de afiliación es completamente válida, pues el mismo fue firmado de forma libre y sin presiones, en cumplimiento del deber de información exigido para los años 1994 y 2005. La demandante no tenía una expectativa legítima de pensionarse con Colpensiones. En el caso en que efectivamente, para la época del traslado la demandante no haya recibido una asesoría adecuada por parte del fondo privado con respecto a las características de cada régimen pensional, esto se vio saneado con el tiempo, porque la

demandante estuvo en el régimen de ahorro individual, durante varios años e incluso trasladándose de manera horizontal, sin que retornara al régimen de prima media. Aduce que, aun cuando la AFP regrese todos los valores provenientes de la cuenta de ahorro individual, se ve afectado el principio de sostenibilidad financiera de Colpensiones, una vez la administradora tenga que reconocer la prestación pensional a la demandante, por tanto, si es dable la aplicación del artículo 2 de la Ley 797 del año 2013. Asimismo, rechaza la condena en costas, como quiera que Colpensiones actuó como tercero de buena fe.

La AFP Porvenir S.A. solicita se revoque la condena teniendo en cuenta que se cumplió a cabalidad con el deber de información vigente para la época del traslado, sin que sea dable exigir requisitos adicionales, como se demuestra con el formulario de afiliación que comportaba tales efectos jurídicos; no obstante, la demandante permaneció en el fondo del régimen de ahorro individual con solidaridad por más de 20 años y conocía sobre el mismo. Rechaza la condena por devolución de gastos de administración, por cuanto estos emolumentos no corresponden a dineros destinados a financiar la pensión del demandante, generándose un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones; los que además se encuentran prescritos.

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 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 de la 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 seguro social, hoy Colpensiones, desde el 1º de agosto de 1986 (expediente digital, archivo 08, fl. 24); migró al RAIS, a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 31 de agosto de 1994 (expediente digital, archivo 07, fls 43 y 44); posteriormente, retornó al régimen de prima media, a partir del 1º de junio de 2003 y hasta el 31 de julio de 2005 (expediente digital, archivo 08, fl 24); fecha a partir de la cual, se trasladó nuevamente al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A., a partir del 01 de agosto de 2005, donde se encuentra actualmente afiliada (certificación de vinculación e historia laboral consolidada en Porvenir; expediente digital, archivo 01, fl. 64 y 65 a 73).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que el empleador de la empresa donde se encontraba trabajando para esa época, le sugirió que se trasladara al RAIS, porque la información que estaban recibiendo en esa época era que el ISS se iba acabar. Posteriormente, estaba trabajando en una entidad del Estado como tesorera y el director de esa entidad hizo un convenio con el grupo Gran Ahorrar y les dijeron que debían recibir a asesores de Horizonte. Manifiesta que los asesores llegaban a su oficina y hacían los trámites pertinentes para el traslado a los fondos privados, no obstante, no les brindaban información sobre los mismos. Los formularios que firmó, no eran diligenciados por ella misma, sino por los asesores de los fondos privados. Aduce que no se le informó sobre el ahorro, modalidades de pensión, rendimientos o, derecho de retractor. No tenía conocimiento sobre los extractos. Se mantuvo en el RAIS por desconocimiento de información. Quiere retornar al régimen de prima media porque ahora se dio cuenta que el valor de su mesada sería muy superior, y recibiría una pensión más digna después de tantos años trabajando.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código

Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera 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 S.A., faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

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

a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora 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). En consecuencia, la sentencia se modificará en este aparte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Protección S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo 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 se modificará en este aparte. 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 llamada 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 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.

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.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de abril de 2022, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a 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 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 Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo 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.

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.

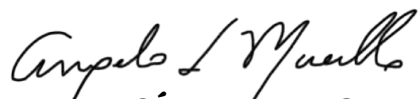
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

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 2022 00479 01
DEMANDANTE: MARCO TULIO GOMEZ CASTELBLANCO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de mayo de 2023. 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 a través de la AFP Skandia S.A. y, las realizadas posteriormente a Porvenir S.A. y Protección S.A. En consecuencia, se ordenó a la AFP Protección S.A., retornar al afiliado al RPM, junto con todos valores que hubiera recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y rendimientos a Colpensiones y, a ésta, a recibir al afiliado sin solución de continuidad. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita* y, las costas y agencias de derecho del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que estuvo afiliado al sistema general de pensiones ISS desde el 27 de febrero de 1995 hasta

diciembre del año 1995, acumulando un total de 122, 29 semanas de cotización. El 01 de diciembre 1995 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Skandia S.A. Aduce que se trasladó a Skandia porque fue el único fondo que se presentó en una reunión organizada por su lugar de trabajo, que les fue presentado el fondo como la mejor opción para depositar aportes, y pensionarse. Manifiesta que le fue informado que iba a obtener rendimientos, que podía perder lo cotizado en el ISS porque iba a entrar en liquidación. No le explicaron sobre el bono pensional, las modalidades de pensión, las diferencias entre regímenes, prestaciones económicas, beneficios, desventajas o inconvenientes y, en general, las implicaciones y consecuencias sobre derechos pensionales. Posteriormente se trasladó a la AFP Porvenir S.A., en diciembre de 2002 y por último, se trasladó a la AFP Protección S.A. en junio de 2005. Asegura que tanto Porvenir como Protección omitieron información completa, detallada y personalísima de las ventajas y desventajas entre los dos regímenes. El actor contaba con un total de 1656, 57 semanas cotizadas a abril de 2021. De conformidad con la liquidación elaborada en el RPM devengaría una mesada de \$4'670.703. Solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado, obteniendo respuesta negativa (expediente digitalizado, carpeta 1, archivo 03, fls. 1 a 17).

Debidamente notificada Colpensiones guardó silencio (archivo 14).

Skandia S.A., al contestar la demanda se opuso al éxito de las aspiraciones. De los hechos dijo ser cierta la petición elevada con su respectiva respuesta. Frente a los demás hechos manifestó que no los acepta o no le constan. Propuso las excepciones que denominó: cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino directamente en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro- gastos

de administración, buena fe y las demás declarables de oficio. En su defensa alegó haber cumplido el deber de información a cargo de los Fondos de Pensiones y que el demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado en atención a la edad, sin que sea beneficiario del régimen de transición (expediente digital, archivo 12 fls. 3 a 22).

La AFP Porvenir 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, restituciones mutuas y, las declarables de oficio. 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 el formulario de afiliación y la vinculación a otra administradora de fondo de pensión privada; además el demandante no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, archivo 10 fls. 2 a 26).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió data de nacimiento del demandante, el traslado a esta AFP, la edad de 62 años para el 2020, y la petición elevada con su respectiva respuesta. Frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible al demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM

y el desconocimiento de la ley no excusa de su cumplimiento (expediente digital, archivo 11, fls. 3 a 28).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 15 de mayo de 2023 (archivo 27), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen efectuado por Marco Tulio Gómez Castelblanco del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 1 de diciembre de 1995, a través de Pensionar hoy Skandia.

SEGUNDO: ORDENAR a Protección S.A, a normalizar la afiliación de la activa en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y a 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 a la fecha de su pago.

Dicha medida cubre tanto el periodo de permanencia con la AFP ING, como en la que estuvo directamente con Protección.

TERCERO: ORDENAR a Skandia y a Porvenir a trasladar a Colpensiones, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual del accionante durante la vigencia de la afiliación con dichas entidades, por concepto de 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, debidamente indexadas a la fecha de su pago.

Lo anterior, precisando que dicha medida cubre tanto el periodo de permanencia con Pensionar, como con Skandia.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral del demandante.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: CONDENAR en costas a Porvenir, Protección y Skandia S.A, Liquidándose como agencias en derecho la suma de un 1 SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, según las reglas del artículo 69 del C.P.T. y de la S.S

Como sustento de su decisión, señaló que las AFP no demostraron por ningún medio probatorio, haber cumplido con su obligación legal de suministrarle al actor la información necesaria para que existiera transparencia en su decisión de traslado, carga probatoria que le incumbía

y que no se agota con la suscripción del formulario de afiliación, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A., recurrieron la sentencia.

Colpensiones aduce que es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el demandante y las AFP; indica que el deber de información recaía en los fondos privados y el accionante; el recibir al actor afecta el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones, debido a que afecta a los afiliados. Por otra parte, se debe condenar a la AFP por incumplir el deber legal de información en virtud de la teoría del daño que en derecho quien causo el daño es quien debe repararlo y no un tercero ajeno.

Porvenir S.A. se opone a la devolución de las sumas debidamente indexadas, argumentando que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de sus afiliados, por lo cual es incompatible y excluyente la indexación, puesto que los recursos de la cuenta de ahorro individual del accionante no se han visto afectados por la inflación, puesto que han generado rendimientos superiores a los garantizados en el RPM. Por otra parte, ordenar la indexación resulta imponer una doble sanción sin razón alguna, por cuanto 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.

Por su parte, Skandia solicita se revoque la condena impuesta tendiente a devolver las sumas adicionales de la aseguradora, dado que estas contingencias no fueron el objeto principal de este proceso, pues en este caso no se trata de reconocimiento de una pensión de invalidez o sobrevivientes y, en lo referente a los gastos de administración, teniendo en cuenta que son descuentos que se realizaron en virtud de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por la administración de la cuenta

del demandante de manera diligente, para generar unos rendimientos; por lo que se estaría causando un perjuicio al patrimonio, toda vez que esos dineros ya han sido utilizados para la administración en general de la cuenta de ahorro individual del demandante y, al ordenarse su devolución, se estaría descapitalizando la cuenta de la administradora. Por otra parte, se oponen a la indexación en razón a que se constituiría una doble sanción por un mismo hecho.

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 al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones desde febrero de 1988 (expediente digital, archivo 11, fl. 38 y 61); migró al RAIS, a través de la AFP Pensionar hoy Skandia S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 24 de noviembre de 1995 (expediente digital, archivo 12, fl. 39); posteriormente, efectuó traslado horizontal a la AFP Porvenir, el 25 de octubre de 2002 (expediente digital, archivo 10, fl.73) y; finalmente a la AFP ING hoy Protección, el 29 de abril de 2005 (expediente digital, archivo 11, fl.37).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que el se encontraba trabajando en el colegio Nueva Granada en el año 1996,

cuando la oficina de recursos humanos le ofreció a él y a los demás empleados el cambio de régimen con la AFP Skandia, por lo cual decidió hacer el traslado debido a la situación que estaba pasando en esta época con el ISS. Afirma que diligenció el formulario y lo firmó, que se le informó sobre una cuenta de ahorro individual, los rendimientos, bonos pensionales, póliza en caso de fallecer y la posibilidad de hacer aportes voluntarios. Aduce que no le informaron sobre las modalidades de pensión, ni sobre el derecho al retracto y que no conocía sobre los requisitos de pensión en el RAIS. Manifiesta que le llegaban los extractos, pero no era clara la información. Afirma que se afilió a los demás fondos pensionales porque le brindaban mejor rentabilidad.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Skandia 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 Skandia S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

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 Protección 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). En consecuencia, la sentencia será confirmada en este aspecto, pero se adicionará en el sentido de 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 las AFPs Skandia S.A. y 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 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, en la sentencia se confirmará en este aspecto, pero se adicionará 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).

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.

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

Estima la Sala que no hay lugar 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 del demandante.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia, ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR los numerales SEGUNDO y TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de mayo de 2023, en el sentido de indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



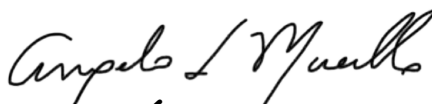
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

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 037 2021 00453 01
DEMANDANTE: PATRICIA MARIA PINILLOS COBALEDA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir y Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de mayo de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de la AFP Porvenir S.A. Posteriormente se declare que la actora siempre estuvo válidamente afiliada al RPM. En consecuencia, se conde a la AFP Porvenir S.A. a trasladar el monto total existente de todo lo ahorrado en la cuenta individual, junto con sus rendimientos, intereses y demás frutos generados, como también los gastos de administración y demás rubros que hubiese recibido a título de cotizaciones a Colpensiones. Así mismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita* y, las costas y agencias en derecho del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cotizó para los riesgos de IVM inicialmente en el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones. En marzo de 2005 se trasladó al RAIS, a través de Porvenir. Aduce que fue trasladada sin formación libre del consentimiento, no se le proporcionó las respectivas ilustraciones y/o informaciones propias que debe proveerse a un individuo previo al momento de ser afiliado o trasladado de régimen pensional; Manifiesta que uno de los argumentos que utilizó el fondo privado fue que el ISS se iba acabar y podía perder las cotizaciones efectuadas con el mismo. No se le brindó información completa, clara y fehaciente respecto de las consecuencias legales y económicas que tendría el cambio de régimen pensional. Aduce que, en caso de haber continuado afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, tendría derecho una mesada pensional considerablemente superior a la que puede optar y recibir en el RAIS, toda vez que la prestación se calcularía con lo aportado durante toda su vida laboral, o los últimos 10 años si este fuere superior, aplicando la tasa de reemplazo correspondiente a la densidad de semanas aportadas al sistema. Solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado, obteniendo respuesta negativa (expediente digitalizado, archivo 01, fls. 19 a 30).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación al ISS, la radicación de la petición con su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la afiliación de la demandante al RAIS se realizó con plena voluntad, suscribiendo el formulario para efectuarla, voluntad que se vio ratificada con los más de 15 años que ha realizado cotizaciones a ese régimen; la accionante está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. Aduce que sobre la afiliada también recaía su deber de información (expediente digital, archivo 6 fls. 3 a 24).

La AFP Porvenir 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 informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación, permaneciendo en el régimen por 17 años; además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 08, fls. 2 a 30).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 10 de mayo de 2023 (archivo 23), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora Patricia María Pinillos Cobaleda del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP Porvenir S.A., como fecha de suscripción el 31 de enero de 2005. En consecuencia, DECLARAR válida la afiliación de la demandante señora Patricia María Pinillos Cobaleda al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, conforme a lo expuesto precedentemente.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a transferir a Colpensiones, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por el periodo que estuvo vinculada a esta entidad privada, los cuales estos últimos rubros, es decir, lo concerniente a gastos de administración, primas de seguros previsionales, comisiones y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deberán retornar a Colpensiones de manera indexada conforme se expuso.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

CUARTO: CONDENAR en costas en esta instancia a la demandada Porvenir, en un equivalente de 1 SMMLV, por secretaría en su momento correspondiente, se deberán liquidar.

QUINTO: Se ordena la remisión del presente proceso al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su especialidad laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme a lo ya enunciado.

Como sustento de su decisión, señaló que el fondo privado no cumplió con la carga de la prueba para acreditar que en la afiliación primigenia, desempeñó con la obligación que le imponía la ley, de brindar

asesoría a la afiliada previa al traslado, que le permitiera tener una plena certeza sobre la elección que iba a realizar.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas, apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. se opone a la devolución de gastos de administración, pues considera que no forman parte integral de la pensión de vejez, por ello están sujetos a la prescripción, así como las primas de seguros o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta individual del afiliado y sus respectivos rendimientos financieros, toda vez que no le corresponden estos valores a los afiliados, correspondiendo a sumas por la gestión de la administradora. Igualmente se opone a la indexación, por cuanto 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.

Colpensiones aduce que no se cumplen los requisitos para la procedencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, debido a se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado en razón a la edad. Por otra parte, manifiesta que el traslado a la AFP goza de plena voluntad y no se puede utilizar su propia culpa para beneficiarse; de igual manera, resulta inverosímil que la demandante hubiese evidenciado las irregularidades en su traslado sin haber generado inquietud de la decisión tan importante que ello implicaba y no es hasta este momento que desea solicitar el cambio de régimen. Ahora bien, no se puede recibir a la actora en la medida que afectaría la sostenibilidad financiera contemplada en el artículo 38 de la Constitución Política de Colombia. Por último, también recaía en la demandante, el deber de información sobre las posibles consecuencias del cambio de régimen.

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 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 de la 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 seguro social, hoy Colpensiones, desde el 28 de julio de 1986 al 28 de febrero de 2005 (expediente digital, archivo 05, fls. 3 y 4); posteriormente migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 31 enero de 2005 (expediente digital, archivo 08, fl 82).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que los asesores de los fondos privados iban a la empresa en la que trabajaba y le informaban que el fondo privado era mejor porque iban a obtener una pensión parecida a la que iban a recibir en el ISS junto con unos rendimientos. Manifiesta que el hablaron sobre un bono pensional y que el dinero aportado al ISS se iba a pasar a la AFP. Sabía que tenía una cuenta de ahorro individual, que iba a generar rendimientos financieros y que podía hacer aportes voluntarios; pero no se indicó como iba a obtener su mesada pensional. Recibía los extractos pero no entendía la información contenida en ellos. Manifiesta que no estaba de acuerdo con que la pensión se heredara a sus beneficiarios en caso de que ella falleciera. La AFP la llamó para informarle que ya cumplía con los requisitos de ley para pensionarse, por lo cual acudió a las oficinas, en donde se dio cuenta que la proyección de su mesada pensional no es correspondiente a los aportes que ella ha hecho en los años de trabajo y hay irregularidades con los mismos, por lo cual quiere retornar al RPM

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A., deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a

conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en este aparte. 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 llamada 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 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 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.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de mayo de 2023, 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: 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.

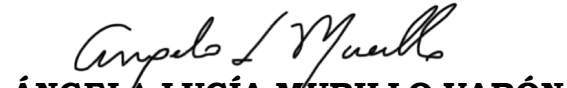
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
con aclaración de voto
037 2021 00453 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 38 2020 00444 01
DEMANDANTE: ABEL DARIO ARAUJO CASTILLA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Decide la Sala en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de julio de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió proceso ordinario laboral para que se condene a la demandada a pagarle un incremento adicional a su pensión del 14% por persona a cargo, en forma retroactiva, a partir de la fecha en que le fue reconocida su pensión; por catorce mesadas anuales e incrementos; la indexación correspondiente; intereses moratorios y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que mediante Resolución SNR 347258 de 3 de octubre de 2014, la demandada le reconoció pensión de vejez, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, por expresa remisión del artículo 36 de la ley 100 de 1.993. El 2 de mayo de 2019 solicitó a Colpensiones el ajuste del 14% por esposa o compañera dependiente, resuelta de manera negativa. Adujo que contrajo matrimonio con la señora Nolbi de Jesús Contreras Fuentes, desde hace más de treinta y tres años (33), compartiendo lecho, mesa y techo; procreando 2 hijos; que convive con ella, quien no ha laborado en

ningún tiempo, y depende económicamente de él, pues no recibe pensión, ni renta alguna y, es su beneficiaria en salud (expediente digital, archivo 01, fls. 1 a 6).

Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió la calidad de pensionado del actor, como beneficiario del régimen de transición y, que no le fue otorgado el incremento por persona a cargo. De los demás hechos dijo que no le constan. Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, y las declarables de oficio. Para enervar las pretensiones, argumentó que al demandante no le asiste derecho al reconocimiento del incremento por persona a cargo, pues este no integra el derecho a la pensión y fue derogado por la Ley 100 de 1993 (expediente digital, carpeta 08¹, fls. 2 a 10).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de julio de 2022, resolvió absolver a la demandada de todas las pretensiones y, condenó en costas al demandante.

En lo fundamental señaló que de conformidad con el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional, los incrementos por persona a cargo perdieron vigencia por derogatoria orgánica, con la Ley 100 de 1993.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. CONSIDERACIONES

Se encuentra demostrado que mediante Resolución GNR 347258 de 3 de octubre de 2014, la demandada Colpensiones reconoció al actor

¹ 08ContestacionColpensiones20210930, Contestación Abel Dario Araujo Castilla

pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, a partir del 1º de octubre de 2014 por ser beneficiario del régimen de transición (Expediente administrativo², fls. 83 a 89).

Pues bien, en el presente asunto pretende el demandante el incremento adicional a su pensión del 14% por personas a cargo, contemplado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por esposa o compañera dependiente.

El precepto en cita, dispone:

ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y,

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder del cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima legal.

Sobre la vigencia de los incrementos, conviene precisar que el criterio jurisprudencial que acogía la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, estaba encaminado a que los incrementos del 14 y 7% previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049/1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año, se encontraban vigentes (sentencias del 27 de julio de 2005 radicado 21517; del 5 de diciembre de 2007 radicados 29751, 29531, 29741; SL5147 de 2018; SL1825 de 2019 y SL2955 de 2019); empero, ante un nuevo estudio el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción recogió su postura a partir de la sentencia SL 2061 de 2021 al señalar que la norma que contempla los referidos incrementos fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la Constitución Nacional a, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, para ello, trajo a colación lo

² Carpeta: 08ContestacionColpensiones20210930/ EXP ADM ABEL DARIO ARAUJO CASTILLA.

señalado por la H. Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019, la que en lo pertinente, indicó:

[...]

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

[...]

7. Conclusiones

De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.

Al amparo de lo expuesto, el derecho reclamado no se causó por falta de fundamento normativo, pues si bien al actor le fue reconocida pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, ello sucedió en aplicación del régimen de transición y no porque el derecho se hubiere configurado directamente en la norma antes que fuera derogada tácitamente por la Ley 100 de 1993, por lo que hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

No se causan costas en el grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

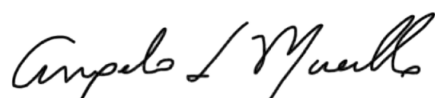
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de julio de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin COSTAS en el grado jurisdiccional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada